

## L 5 KR 209/00

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
5  
1. Instanz  
SG Düsseldorf (NRW)  
Aktenzeichen  
S 1 KR 45/98  
Datum  
23.10.2000  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 5 KR 209/00  
Datum  
25.09.2001  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-

Datum  
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 23.10.2000 wird zurückgewiesen. Kosten sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Beigeladene zu 3) bei dem Kläger ab 01.10.1997 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der Kläger betrieb ab 01.10.1997 eine Gaststätte in Wuppertal, in der sein Vater - der Beigeladene zu 3) sowie seine Mutter arbeiteten. Der Beigeladene zu 3) war von 1984 bis 1997 selbständiger Gastronom gewesen. Seine Krankenversicherung hatte am 15.09.1996 geendet, nach Vortrag des Klägers hielt er sich danach in seinem Heimatland Griechenland auf. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 3) wurde nicht geschlossen. Der Steuerberater des Klägers meldete den Beigeladenen zu 3) als versicherungspflichtigen Beschäftigten bei der Beklagten an; eine an den Kläger gerichtete Mitgliedschaftsbescheinigung nach [§ 175](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) wurde am 28.10.1997 erstellt.

Ab dem 13.10.1997 war der Beigeladene zu 3) arbeitsunfähig erkrankt. Bei ihm wurde - nach seiner Darstellung anlässlich eines Arztbesuches seiner Enkelin, die er begleitete - eine offene Lungentuberkulose mit Komplikationen festgestellt, die längere stationäre Behandlungen erforderten.

Mit Schreiben vom 23.01.1998 übersandte die Beklagte dem Kläger einen Fragebogen zur Prüfung der Versicherungspflicht. Dieser Fragebogen wurde vom Kläger ausgefüllt und anlässlich einer Vorsprache in der Geschäftsstelle vervollständigt. Der Kläger gab an, der Beigeladene zu 3) habe ein Bruttoentgelt von 1.850,- DM bei einer wöchentlichen Arbeitszeit von 8 bis 9 Stunden täglich an 6 Tagen erhalten. Auf die Frage: "Warum ist die Beschäftigung für den Betrieb unbedingt notwendig" gab der Kläger an: "familiäre Gründe"; der Zeuge T ..., Mitarbeiter der Beklagten, fügte ergänzend hinzu: "Anstelle des Vaters wäre kein anderer Arbeitnehmer angestellt worden". In einem Aktenvermerk vom 09.02.1998 hielt der Zeuge T ... fest, der Kläger habe angegeben, seinen Vater unterstützen zu müssen, da er auch jahrelang von seinem Vater unterstützt worden sei. Aufgrund dessen fühle er sich verpflichtet, seinem Vater zu helfen, im Gegenzug helfe der Vater in der Gaststätte aus. Eine fremde Arbeitskraft hätte er nicht eingestellt, da dies für die Gaststätte nicht notwendig sei. Sein Vater sei bis 1997 selbst als Gastronom tätig gewesen, eine Krankenversicherung bestehe nicht.

Mit Bescheid vom 16.02.1998 stellte die Beklagte fest, dass der Beigeladene zu 3) seit dem 01.10.1997 nicht versicherungspflichtig beschäftigt sei, vielmehr handele es sich um eine familienhafte Mitarbeit. Im Widerspruchsverfahren trug der Kläger vor, ohne fremde Hilfe sei er nicht in der Lage gewesen, den Gaststättenbetrieb aufrechtzuerhalten. Es stehe einem Arbeitgeber frei, auch Familienangehörige zu beschäftigen. Er habe nicht angegeben, die Beschäftigung erfolge aus familiären Gründen. Soweit bei der Vorsprache eine solche Äußerung gefallen sei, könne es sich nur um ein Mißverständnis aufgrund sprachlicher Verständigungsschwierigkeiten gehandelt haben. Mit Widerspruchsbescheid vom 09.06.1998 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Im Klageverfahren hat der Kläger vorgetragen, er habe die Beschäftigung seines Vaters der Beschäftigung eines fremden Dritten vorgezogen, zumal dieser aus der Gastronomie komme. Gerade bei ausländischen Gaststättenbetrieben sei es üblich, dass diese als Familienbetrieb geführt würden. Aus diesem Grund sei die Angabe "familiäre Gründe" erfolgt. Anlässlich der Vorsprache bei der AOK habe er auf die Frage, warum eine Beschäftigung notwendig sei, nur gesagt, dass es bei griechischen Familien üblich sei, erst einmal eigene Angehörige einzustellen. Es sei ein festes Gehalt von 1.850,- DM brutto gezahlt worden. Lohnsteueranmeldungen seien erfolgt, aufgrund der Steuerklasse sei jedoch keine Lohnsteuer angefallen. Während der Erkrankung des Beigeladenen zu 3) sei keine Ersatzkraft beschäftigt

worden, zumal die Dauer der Erkrankung nicht absehbar gewesen und daher eine teure Arbeitskraft nicht wirtschaftlich gewesen sei. In dieser Zeit hätten Freunde und Bekannte, die zum Teil aus Griechenland angereist seien, um den Beigeladenen zu 3) zu besuchen, unentgeltlich ausgeholfen. Als schließlich absehbar gewesen sei, dass der Beigeladene zu 3) nicht mehr für den Betrieb tätig werden könne, sei der Betrieb bereits überschuldet gewesen und alsbald geschlossen worden. Zum Zeitpunkt des Beginns der Beschäftigung sei die Erkrankung nicht absehbar gewesen.

Das Sozialgericht hat im Erörterungstermin am 08.05.2000 den Kläger und den Beigeladenen zu 3) befragt; insoweit wird auf Bl. 54 bis 56 der Gerichtsakte Bezug genommen. In der Sitzung am 23.10.2000 sind der Steuerberater des Klägers, der Zeuge B ... sowie der Zeuge T ... vernommen worden; wegen des Inhalts ihrer Aussage wird auf Bl. 93 bis 96 der Gerichtsakte Bezug genommen.

Mit Urteil vom 23.10.2000 hat das Sozialgericht die Klage abgewiesen. Es habe keine versicherungspflichtige Beschäftigung des Beigeladenen zu 3), sondern eine familienhafte Mitarbeit vorgelegen.

Der Kläger hat fristgerecht Berufung eingelegt. Er hält an seiner Auffassung fest, dass ein Beschäftigungsverhältnis begründet worden sei. Hierfür spreche, dass auch seine Mutter angemeldet worden sei und die Beklagte diese Anmeldung nicht beanstandet habe. Bereits am 15.10.1997 sei ihm von der Bundesanstalt für Arbeit eine Betriebsnummer zugewiesen worden; diese Betriebsnummer werde nur vergeben, wenn zuvor Arbeitnehmer angemeldet worden seien. Vor der Erkrankung am 13.10.1997 habe es keinerlei Anzeichen hierfür gegeben, sein Vater habe bis zu diesem Tag täglich im Betrieb mitgearbeitet. Das Gehalt habe schon seit Ende September 1997 festgestanden, der Steuerberater habe Anweisung gehabt, Gehaltsabrechnungen ab Oktober 1997 zu erstellen. Ferner vertritt der Kläger die Auffassung, mit der Mitgliedschaftsbescheinigung vom 28.10.1997 habe die Beklagte die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 3) verbindlich festgestellt; diesen Bescheid habe sie nicht wirksam zurückgenommen.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Düsseldorf vom 23.10.2000 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 16.02.1998 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 09.06.1998 festzustellen, dass die Beschäftigung des Beigeladenen zu 3) ab dem 01.10.1997 Versicherungs pflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit begründet hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und vertritt unter Hinweis auf die langen Krankenhausaufenthalte des Beigeladenen zu 3) die Auffassung, es habe sich um die Anmeldung eines Schwersterkrankten gehandelt, um einen Kostenträger für die anfallenden Krankheitskosten zu finden.

Auf Anfrage des Gerichts hat der Zeuge B ... mitgeteilt, nach seinen Unterlagen sei erstmals am 16.11.1997 eine Lohnzahlung verbucht worden, und zwar ein Betrag von netto 1.383,41 DM an den Beigeladenen zu 3) und ein Betrag von netto 853,74 DM an die Mutter des Klägers. Die Lohnsteuerkarte habe bereits im Oktober 1997 vorgelegen, wann sie beantragt worden sei, wisse er nicht.

Wegen weiterer Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte sowie der Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung des Klägers ist nicht begründet, denn das Sozialgericht hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Beigeladene zu 3) war ab 01.10.1997 nicht versicherungspflichtig beschäftigt.

Die Versicherungspflicht in der Krankenversicherung ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#)), in der Rentenversicherung ([§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI)), in der Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI)) sowie Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit ([§ 168 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz](#) (in der damals geltenden Fassung (AFG))) setzt jeweils voraus, dass eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt bestand. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV), der gemäß [§ 173a AFG](#) auch für die Beitragspflicht gilt, die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Grundsätzlich kann auch zwischen Familienangehörigen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis begründet werden, das die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten von dem Arbeitgeber voraussetzt. Diese Voraussetzung wird durch die Eingliederung in den Betrieb und die Unterordnung unter das Weisungsrecht des Arbeitgebers in Bezug auf Zeit, Ort und Art der Arbeitsausführung erfüllt (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); BSG [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)). Grundsätzlich steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Familienangehörigen vielfach weniger stark ausgeprägt ist und daher das Weisungsrecht unter Umständen nur mit Einschränkungen ausgeübt wird (vgl. [BSGE 66, 168](#), 171).

Die Abgrenzung eines Beschäftigungsverhältnisses gegenüber einer nicht versicherungs- und beitragspflichtigen familienhaften Mitarbeit hängt von den gesamten Umständen des Einzelfalles ab. Indizien für das Vorliegen einer versicherungspflichtigen Beschäftigung sind die Eingliederung in den Betrieb und daher ein ggf. abgeschwächtes Weisungsrecht, die Zahlung eines Entgeltes, das in einem angemessenen Verhältnis zur geleisteten Arbeit steht, das Vorliegen eines schriftlichen Arbeitsvertrages, die steuerliche Behandlung des Entgeltes, die Verbuchung des Entgeltes als Betriebsausgabe, die Zahlung des Entgeltes zur freien Verfügung des Empfängers und der Umstand, ob die Beschäftigung des Familienangehörigen eine fremde Arbeitskraft ersetzt (vgl. BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)).

Nach den Gesamtumständen lässt sich eine abhängige Beschäftigung nicht feststellen. Allerdings teilt der Senat nicht die Auffassung der Beklagten, die Anmeldung sei nur deshalb erfolgt, um einen Kostenträger für die anstehenden Behandlungen zu finden. Dass die Anmeldung erst in Kenntnis der Erkrankung erfolgte, steht nicht fest. Nach der Bekundung des Zeugen B ... kann die Anmeldung schon am 14.10.1997

von ihm abgeschickt worden sein, nachdem am 08. und 09.10.1997 Besprechungen mit dem Kläger stattgefunden hatten. Der Zeuge hat auch bekundet, ihm sei bei der Anmeldung nicht bekannt gewesen, dass der Vater des Klägers schwer erkrankt war. Soweit die Mitgliedschaftsbescheinigung das Datum "28.10.1997" trägt, spricht dies nicht gegen eine Anmeldung zu einem früheren Zeitpunkt. Zwar werden die Bescheinigungen nach der Bekundung des Zeugen T ... in der Regel maschinell am Tag nach der Anmeldung erstellt. Der Sitzungsvertreter der Beklagten hat in der mündlichen Verhandlung jedoch eingeräumt, der 28.10.1997 sei nur das Datum der Verarbeitung. Da die Mitgliedschaftsbescheinigung für die Mutter erst unter dem 04.11.1997 erstellt wurde und wohl beide Anmeldungen zusammen erfolgten, ist es somit eher wahrscheinlich, dass zwischen dem Eingang der Anmeldung und dem Erstellen der Mitgliedschaftsbescheinigung mehr als ein Tag gelegen hat.

Gegen die Annahme einer versicherungspflichtigen Beschäftigung sprechen neben dem Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages und der Höhe des angegebenen Entgeltes vor allem die eigenen Angaben des Beigeladenen zu 3). Dieser hat im Erörterungstermin am 08.05.2000 vor dem Sozialgericht bekundet, er habe vor Aufnahme der Arbeit mit seinem Sohn keine Vereinbarung darüber getroffen, wieviele Stunden er am Tag arbeiten solle. Er habe länger arbeiten sollen, wenn dies erforderlich war und auch weniger, wenn es nicht mehr notwendig gewesen sei. Er habe auch keine Vereinbarung über einen festen Lohn getroffen. Sein Sohn habe ihm mehr geben sollen, wenn das Geschäft es zugelassen habe und weniger, wenn das Geschäft nicht so gut gegangen sei. Sein Sohn habe ihm auch Lohn gezahlt, bevor er krank geworden sei, es seien einmal 1.000,-- DM, einmal 1.200,-- DM und auch einmal 1.500,-- DM gewesen. Wenn ihm vorgehalten werde, dass das Lokal erst am 01.10.1997 eröffnet worden sei und er daher nicht so viele Lohnzahlungen habe erhalten können, sei zu erwidern, dass schon vorher das Lokal umgebaut worden sei. Außerdem habe sein Sohn das Lokal übernommen, das er vorher geführt habe. Sein Sohn habe ihm den Lohn nicht in regelmäßigen Abständen gezahlt, vielmehr sei er zu ihm gegangen und habe gesagt, er brauche etwas. Dann habe er ihm 500,-- DM gegeben oder andere Beträge. Es sei auch nicht genau abgesprochen gewesen, was er in dem Lokal tun solle, in einem Familienbetrieb werde so etwas nicht näher abgesprochen. Er habe das getan, was habe erledigt werden müssen.

Diese Schilderung macht deutlich, dass der Beigeladene zu 3) nicht in einem fremden Betrieb eingegliedert war. Danach bestand weder eine Vereinbarung über Art und Umfang der Tätigkeit und die Arbeitszeit noch zur Höhe des Entgeltes. Der Beigeladene zu 3) ging vielmehr davon aus, nach Bedarf alle anfallenden Arbeiten zu erledigen und auch seine Arbeitszeit entsprechend anzupassen. Dies entspricht der typischen Gestaltung eines Familienbetriebs, in dem jedes Familienmitglied anpackt. Gleiches gilt für die Tatsache, dass keine Vereinbarung über einen festen Lohn bestand, sondern vielmehr in Abhängigkeit von der wirtschaftlichen Situation einmal mehr, einmal weniger gezahlt werden sollte. Der Beigeladene zu 3) hat auch nach seiner Bekundung Geldmittel vom Kläger (nur) in Abhängigkeit von seinem Bedarf gefordert und erhalten, wobei die von ihm genannten Beträge sich nicht mit dem angeblich vereinbarten Entgelt vereinbaren lassen. Die Darstellung des Klägers, der Beigeladene zu 3) habe Vorschüsse auf den bereits feststehenden Lohn erhalten, ist fernliegend, da die genannten Summen bei weitem den Betrag überstiegen, den der Beigeladene laut Lohnabrechnung am 16.11.1997 erhalten haben soll. Die Bekundungen des Beigeladenen zu 3) decken sich insofern mit dem Vermerk vom 09.02.1998, wo festgehalten wird, der Kläger habe angegeben, seinen Vater finanziell unterstützen zu wollen, wobei dieser im Gegenzug in der Gaststätte ausgeholfen habe. Der vom Kläger gegenüber dem Steuerberater genannte Lohn von 1.850,-- DM brutto war demnach offensichtlich nur ein fiktiver Betrag (der Kläger konnte sich vor dem Sozialgericht auch nicht mehr an dessen Höhe erinnern).

Im übrigen wäre ein Bruttoentgelt von 1.850,-- DM (netto 1.383,41 DM) kein angemessenes Entgelt für eine Beschäftigung gewesen, die laut Angaben im Fragebogen mindestens 48 Arbeitsstunden (8 bis 9 Stunden täglich an 6 Tagen) umfassen sollte. Dies ergäbe ein Bruttoentgelt von rund 8,90 DM pro Stunde (netto 6,65 DM) - ein selbst in der Gastronomie weit untertarifliches Entgelt. Dass der Beigeladene zu 3) kein Entgelt in der üblichen Höhe erhalten haben würde, hat der Kläger im übrigen selbst eingeräumt. Er hat vorgetragen, dass nach der Erkrankung keine Ersatzkraft eingestellt worden sei, da eine teure Arbeitskraft nicht wirtschaftlich gewesen sei. Auch in der mündlichen Verhandlung hat er zugestanden, dass die Beschäftigung eines fremden Arbeitnehmers teuer gewesen und nicht in Betracht gekommen sei. Es spricht somit alles dagegen, dass die Mitarbeit des Beigeladenen zu 3) die Einstellung einer fremden Arbeitskraft ersetzt hat.

Die Beklagte hat auch in der Mitgliedschaftsbescheinigung vom 28.10.1997 keine Entscheidung über die Versicherungspflicht getroffen. Die Bescheinigung nach [§ 175 SGB V](#) dient nur der Bestätigung der getroffenen Krankenkassenwahl. Aufgrund der Angaben der Anmeldung lässt sich i.d.R. nicht entscheiden, ob die Voraussetzungen für die gemeldete Pflichtmitgliedschaft vorliegen. Ob tatsächlich eine Beschäftigung i.S.d. [§ 7 SGB IV](#) ausgeübt wird und wann das potentielle Mitglied in diese Versicherung eintritt, bedarf oft längerer Prüfung. Vor diesem Hintergrund können weder der "Arbeitgeber" noch der "Arbeitnehmer" annehmen, die Krankenkasse wolle mit der Bescheinigung unabhängig vom Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen verbindlich über die Mitgliedschaft und Versicherungspflicht entscheiden, wenn sie die Bescheinigung sofort nach der Anmeldung ausstellt. Ob und wann die Versicherung zustande kommt, ist nicht Gegenstand einer Entscheidung der Kasse in diesem Moment und richtet sich allein nach dem Zeitpunkt der Erfüllung der gesetzlichen Voraussetzungen (vgl. BSG [SozR 3-2200 § 306 Nr. 2](#); BSG, Urteil vom 19.06.2001 - [B 12 KR 37/00 R](#) -). Die Beklagte konnte somit in dem Bescheid vom 16.02.1998 über die Versicherungspflicht entscheiden, ohne eine frühere Entscheidung zu rücknehmen zu müssen.

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

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-08-18