



Erzielt ein Kommanditist einer Kommanditgesellschaft (KG) als Mitunternehmer Gewinnanteile aus der Gesellschaft, ohne dass dessen gesellschaftsrechtliche Stellung von den Regelungen des Handelsgesetzbuchs (HGB) abweicht, so handelt es sich regelmäßig um Einkommen aus selbständiger Tätigkeit, das im Rahmen von § 18a Abs. 1 Nr. 1, Abs. 2 S.1 SGB IV auf Hinterbliebeneleistungen anzurechnen ist.

Dies gilt auch, wenn der Kommanditist nicht aktiv in der Gesellschaft mitarbeitet.

§§ 15, 18a SGB IV; 97 SGB VI; 65 SGB VII; 15 EStG

hier:

Urteil des Bundessozialgerichts vom 25.02.2004 – B 5 RJ 56/02 R -

Bestätigung Urteil LSG Baden-Württemberg vom 27.09.2002 - L 8 RJ 1417/02 - , HVBG-INFO 03/2003 vom 27.01.2003, S. 204-213

Das **Bundessozialgericht** hat mit **Urteil vom 25.02.2004 – B 5 RJ 56/02 R –** wie folgt entschieden:

## **Tatbestand**

Streitig ist die Anrechnung von Einkommen auf die Hinterbliebenenrente des Klägers, speziell seiner Gewinnanteile als Kommanditist der R Kommanditgesellschaft (R. KG).

Die Beklagte hatte dem im Juni 1930 geborenen Kläger mit Bescheid vom 8. Dezember 1988 ab 1. Juni 1988 Witwerrente aus der Rentenversicherung seiner am 5. Mai 1988 verstorbenen Ehefrau (B. R.) bewilligt und in der Folge Einkommen aus dessen selbständiger Tätigkeit als Kfz-Meister angerechnet. Mit Vertrag vom 22. Dezember 1988 hatte der Kläger zusammen mit seinen Söhnen W (geboren 1951) und R R (geboren 1953) mit Wirkung ab 1. Januar 1989 die R. KG gegründet und seine bisher als Einzelunternehmen betriebene Firma "W R, Auto- und Motorradtechnik" mit allen Aktiven und Passiven zum Buchwert eingebracht. Er hatte als Kommanditist einen Anteil von 10 % der Kapitaleinlage von insgesamt DM 20.000, also DM 2.000, und seine beiden Söhne hatten als Komplementäre Anteile von je 45 % der Kapitaleinlage, also je DM 9.000, übernommen.

Nach dem Gesellschaftsvertrag (GV) ist Zweck der Gesellschaft "der Handel von Kraftfahrzeugen incl Motorrädern und dazugehörigen Ersatzteilen, Zubehör etc., sowie in diesem Zusammenhang anfallenden Reparaturarbeiten, Wartung und Serviceleistungen". Die beiden Komplementäre sind zur Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ermächtigt. Beschlüsse sind in der Gesellschafterversammlung zu fassen. Die Abstimmung erfolgt mit einfacher Mehrheit der anwesenden Stimmen, wobei einer Stimme ein Kapitalanteil von DM 1.000,00 entspricht. Zur Änderung des Gesellschaftsvertrages oder zur Auflösung der Gesellschaft ist die Zustimmung aller Gesellschafter erforderlich. Die Geschäftsführer sind berechtigt, für ihre Arbeitsleistung monatlich je DM 3.900,00 ohne Anrechnung auf den Gewinnanteil zu entnehmen. Der Kommanditist erhält in Anrechnung auf seinen Gewinnanteil monatlich DM 1.500,00 vergütet (§ 9 Abs 3 GV).

Im ersten Nachtrag zum GV vom 15. Januar 1989 war vorgesehen, dass der Kommanditist "für seine gelegentliche Mithilfe im Betrieb" als "Vorwegvergütung" monatlich DM 1.500,00 erhält, jedoch ist diese Regelung mit dem Nachtrag vom 15. Januar 1992 wieder aufgehoben worden.

Für den Zeitraum ab 1. Januar 1989 hatte die Beklagte die jährlich wechselnden Gewinnanteile des Klägers als Kommanditist auf die Hinterbliebenenrente angerechnet. Nach Auswertung der Einkommensteuerbescheide des Klägers für die Jahre 1993 bis 1998 stellte die Beklagte mit streitgegenständlichem Bescheid vom 18. Juli 2000 dessen Hinterbliebenenrente unter Anrechnung der in den Einkommensteuerbescheiden festgestellten Einkünfte als Mitunternehmer der R. KG endgültig fest. Sie minderte die monatliche Rente ab 1. Juli 1996 um DM 117,20, ab 1. Juli 1997 um DM 148,32, ab 1. Juli 1998 um DM 208,17, ab 1. Juli 1999 um DM 147,28 sowie ab 1. Juli 2000 um DM 147,50 und ermittelte so für die Zeit vom 1. Juli 1996 bis 31. August 2000 (nach Saldierung der Überzahlungen mit den Nachzahlungen in den jeweiligen Perioden) eine Gesamtüberzahlung in Höhe von DM 421,02. Weiter stellte sie für die Zeit ab 1. September 2000 die laufende Rente des Klägers mit monatlich DM 527,87 fest.

Im Widerspruchsverfahren berief sich der Kläger auf das Urteil des Bundessozialgerichts (BSG) vom 27. Januar 1999 (B 4 RA 17/98 R - SozR 3-2400 § 15 Nr 6) und machte geltend, als Kommanditist der R. KG habe er kein Arbeitseinkommen auf Grund eigener Arbeitsleistung erzielt. Er erhalte zwar in Höhe seiner Beteiligung Gewinnanteile, die auch steuerrechtlich als Einkünfte aus Gewerbebetrieb ausgewiesen würden. Gesellschaftsrechtlich sei aber das Risiko der Kommanditisten wesentlich geringer als das der Komplementäre, weil es sich nur auf den Verlust der erbrachten Einlage beschränke. Deswegen schließe das Gesetz die Kommanditisten von der Geschäftsführung und der Vertretung der KG aus. Kommanditisten hätten nur Kontrollrechte und müssten nur bei Grundlagengeschäften, wie der Änderung des Gesellschaftsvertrages, zustimmen. Den Gesellschaftern sei allerdings freigestellt, sich abweichend vom gesetzlichen Regelstatut zu organisieren. Dies gelte jedoch nicht im Verhältnis gegenüber Dritten. Die ihm zugeschriebenen Gewinnanteile der R. KG seien deshalb nicht anders als anrechnungsfreie Einkünfte aus Kapitalvermögen zu behandeln.

Mit Widerspruchsbescheid vom 17. April 2001 wies die Beklagte den Widerspruch des Klägers zurück. Im Anschluss an eine Auskunft der Finanzverwaltung vom 5. März 2001 ging sie von einer Mitunternehmerstellung des Klägers im Sinne des § 15 Abs 1 Satz 1 Nr 2 Einkommensteuergesetz (EStG) aus, weil der Kläger in der R. KG stimmberechtigt und an Vermögen, Gewinn und Verlust der Gesellschaft beteiligt sei. Damit sei er nicht bloßer Darlehensgeber der R. KG gewesen und seine Kommanditeinlage führe deshalb nicht lediglich zu Einkünften aus Kapitalvermögen. Das Urteil des BSG vom 27. Januar 1999 (aaO) betreffe einen anderen Sachverhalt.

Im anschließenden Klageverfahren vor dem Sozialgericht Mannheim (SG) hat der Kläger vorgetragen, die Neuregelung des § 18a Abs 2a Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) in Reaktion auf das Urteil des BSG vom 27. Januar 1999 (aaO) sei nicht anwendbar, da sie erst am 1. Januar 2002 in Kraft getreten sei. Es gehe um Zeiten ab 1. Juli 1996 und ihm komme deshalb die Übergangsregelung des § 114 SGB IV zugute. Die Beklagte hat demgegenüber auf den (für sie bindenden) Beschluss des Fachausschusses für Versicherung und Rente des VDR vom 15. Februar 2000 verwiesen, wonach es allein auf die einkommensteuerrechtliche Einordnung durch die Finanzverwaltung ankomme, ob auf die Hinterbliebenenrente anrechenbare Einkünfte aus Gewerbebetrieb vorlägen. Mit Urteil vom 22. März 2002 hat das SG die Beklagte unter Abänderung des angefochtenen Bescheides verurteilt, für die Zeit ab dem 1. Juli 1996 die Einkünfte des Klägers als Kommanditist der R. KG nicht rentenmindernd auf die Hinterbliebenenrente aus der Rentenversicherung der B. R. gegenüber dem Kläger anzurechnen. Es führte zur Begründung im Wesentlichen



aus, auf der Grundlage des § 97 Abs 1 Satz 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI), der §§ 18a bis 18e SGB IV und des § 15 SGB IV seien die dem Kläger zugeflossenen Einkünfte aus Gewerbebetrieb nicht als Einkommen anzurechnen. Denn der Kläger sei seit 15. Januar 1992 (vgl den Nachtrag zum GV) nicht mehr aktiv im Betrieb der R. KG tätig. Das Gericht entnehme der Entscheidung des BSG vom 27. Januar 1999 (aaO) den Rechtssatz, dass die steuerrechtliche Beurteilung der Einnahmen des Klägers nichts daran ändere, dass der in § 15 SGB IV stets vorausgesetzte Tatbestand einer "selbständigen Tätigkeit" im Sinne einer aktiven Mitarbeit erfüllt sein müsse. Mit Urteil vom 27. September 2002 hat das Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) die Berufung der Beklagten zurückgewiesen, "soweit im Bescheid vom 18. Juli 2000 für die Zeit ab 1. Juli 2000 der Überzahlungsbetrag über den Betrag von monatlich DM 416,76 hinaus festgesetzt wurde". Im Übrigen hat es auf die Berufung der Beklagten das Urteil des SG vom 22. März 2002 aufgehoben und die Klage abgewiesen: Für die Zeit ab 1. Juli 2000 betrage bei richtiger Berechnung der anzurechnende Einkommensbetrag lediglich monatlich DM 145,37 (an Stelle von DM 147,50), weshalb der festgesetzte Überzahlungsbetrag nach Saldierung zu hoch gewesen sei. Nach § 15 Abs 1 Nr 2 EStG seien Einkünfte aus Gewerbebetrieb auch die Gewinnanteile der Gesellschafter einer Kommanditgesellschaft, wenn sie als Unternehmer oder Mitunternehmer des Betriebes anzusehen seien. Voraussetzung für die Mitunternehmerstellung eines Kommanditisten sei, dass bei ihm die Hauptmerkmale für eine Unternehmerstellung vorlägen, also die Möglichkeit zur Entfaltung einer gewissen Mitunternehmerinitiative sowie die Tragung eines nennenswerten Mitunternehmerrisikos. Im Falle des Klägers stehe nach dem Gesellschaftsvertrag und der tatsächlichen Ausgestaltung des Gesellschaftsverhältnisses seiner Einlage ein nennenswertes Unternehmerrisiko gegenüber. Der Kläger entfalte auch eine gewisse, den handelsrechtlich vorgesehenen Mitwirkungsrechten im Wesentlichen entsprechende Unternehmerinitiative. Das Urteil des BSG vom 27. Januar 1999 (aaO) betreffe einen anders gelagerten Sachverhalt.

Mit der - vom LSG zugelassenen - Revision rügt der Kläger die Verletzung von § 97 Abs 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI iVm § 15 Abs 1 SGB IV. Nur Einkommen, das auf einer eigenen "selbständigen Tätigkeit" beruhe, könne im Anschluss an das Urteil des BSG vom 27. Januar 1999 (aaO) auf seine Witwerrente angerechnet werden. Mit Blick auf den allgemeinen Gleichheitssatz sei es nicht sachgerecht, die jährlich ausgeschütteten Gewinnanteile an der R. KG anzurechnen, denn er habe nicht in der Gesellschaft mitgearbeitet und lediglich die Rechtsstellung eines Kommanditisten innegehabt, die sich nicht wesentlich von der des Vermieters einer Eigentumswohnung im Rahmen der Wohnungseigentümergeinschaft unterscheide. Er sei aber auch nicht Mitunternehmer im Sinne der Rechtsprechung des BSG gewesen, denn es fehle das Betreiben eines Gewerbes auf eigene Rechnung, die Verfügungsgewalt über Betriebseinrichtungen und Betriebsmittel sowie die weitgehende Einwirkungsmöglichkeit auf die Betriebsführung. Mitunternehmer sei nur derjenige, der neben - nicht unter - einem anderen Unternehmer tätig sei, das Geschäftsrisiko anteilig trage und selbständigen Einfluss auf die Wirtschaftsführung habe (Bezugnahme auf BSG Urteil vom 26. Januar 1972 - 10 RV 216/70 - veröffentlicht in JURIS). Auch die Rechtsprechung des BSG zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine "selbständige Tätigkeit ausgeübt" werde, die nach § 44 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB VI in der bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung dem Eintritt des Versicherungsfalles der Erwerbsunfähigkeit entgegenstehe, sei zu beachten. So habe das BSG mit Urteil vom 5. November 1980 - 11 RA 80/79 - BSGE 50, 284 = SozR 5750 Art 2 § 9a Nr 11 gefordert, dass ein Gesellschafter kraft seiner Stellung in der Gesellschaft die zum gewöhnlichen Geschäftsbetrieb gehörenden Handlungen tatsächlich vornehmen müsse und ausdrücklich mit Blick auf die eingeschränkte Rechtsstellung des Kommanditisten nach dem Handelsgesetzbuch (HGB) das Vorliegen



einer selbständigen Erwerbstätigkeit verneint. In die gleiche Richtung gingen die Urteile des BSG vom 2. Dezember 1987 - 1 RA 31/86 - SozR 2200 § 1247 Nr 52 und vom 13. Mai 1986 - 4a RJ 31/85 - SozR 2200 § 1247 Nr 46. Letztlich führten auch die beiden Entscheidungen des erkennenden Senats vom 9. September 1993 - 5 RJ 60/92 - BSGE 73, 77 = SozR 3-2200 § 1248 Nr 9 und vom 16. Mai 2001 - B 5 RJ 46/00 R - BSGE 88, 117 = SozR 3-2600 § 97 Nr 4 zu keinem anderen Ergebnis. Die erstgenannte Entscheidung, die auch einen Kommanditisten betroffen habe, stehe im Widerspruch zum Urteil des BSG vom 27. Januar 1999 (aaO), die zweitgenannte sei nicht einschlägig, weil die Versicherte als Unternehmerin selbst tätig gewesen sei und persönlich gehaftet habe.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Landessozialgerichts Baden-Württemberg vom 27. September 2002 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 22. März 2002 zurückzuweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision als unbegründet zurückzuweisen.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung durch Urteil ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

## **Entscheidungsgründe**

Die Revision des Klägers ist unbegründet. Die Beklagte hat mit dem streitgegenständlichen Bescheid die nach den Einkommensteuerbescheiden festgestellten Gewinnanteile des Klägers als Kommanditist der R. KG für den streitigen Zeitraum ab 1. Juli 1996 gemäß § 15 Abs 1 SGB IV idF ab 1. Januar 1995 durch Art 3 Nr 2 Agrarsozialreformgesetz 1995 (ASRG 1995) vom 29. Juli 1994 (BGBl I 1890) zu Recht auf die Hinterbliebenenrente des Klägers als Arbeitseinkommen angerechnet und die Rente gemäß § 18d SGB IV in der hier maßgeblichen, bis 30. Juni 2001 gültigen Fassung iVm § 48 Abs 1 Satz 1 und 2 Nr 3 Zehntes Buch Sozialgesetzbuch ab 1. Juli 1996 neu berechnet (vgl BSG Urteil vom 25. Januar 2001 - B 4 RA 110/00 R - SozR 3-2600 § 97 Nr 3). Es ist unerheblich, dass der Kläger - ohne aktive Beteiligung an den laufenden Geschäften der R. KG - nur die Stellung eines Kommanditisten nach dem HGB inne hat.

§ 97 Abs 1 Satz 1 SGB VI verweist hinsichtlich des bei der Hinterbliebenenrente zu berücksichtigenden Einkommens auf die §§ 18a bis 18e SGB IV. Nach § 18a Abs 1 Nr 1 SGB IV sind bei einer Rente wegen Todes ua Erwerbseinkommen zu berücksichtigen, die in § 18a Abs 2 Satz 1 SGB IV näher als Arbeitsentgelt, Arbeitseinkommen und vergleichbares Einkommen definiert sind. Maßgebend ist grundsätzlich das monatliche Einkommen (§ 18b Abs 1 SGB IV), bei Erwerbseinkommen allerdings das des letzten Kalenderjahres, geteilt durch die Zahl der Kalendermonate, in denen es erzielt wurde (§ 18b Abs 2 Satz 1 SGB IV) und gekürzt um die Beträge nach § 18b Abs 5 Nr 1 SGB IV. Einkommensänderungen sind erst vom Zeitpunkt der nächsten Rentenanpassung an zu berücksichtigen (§ 18d Abs 1 Satz 1 SGB IV). Arbeitsentgelt wird aus einer abhängigen Beschäftigung erzielt (§ 14 SGB IV), wogegen das Arbeitseinkommen nach § 15 Abs 1 Satz 1 SGB IV (früher nur Satz 1) in der seit Inkrafttreten des SGB IV unveränderten Definition "der nach den allgemeinen Gewinnermittlungsvorschriften des Einkommensteuerrechts ermittelte Gewinn aus einer selbst-

ständigen Tätigkeit" ist.

Der Begriff "selbständige Tätigkeit" in § 15 SGB IV umfasst, wie von der Rechtsprechung wiederholt entschieden, alle typischerweise mit persönlichem Einsatz verbundenen Einkunftsarten; das sind nach dem Katalog des § 2 Abs 1 Satz 1 Nr 1 bis 3 EStG Einkünfte aus Land- und Forstwirtschaft (§ 13 EStG), Einkünfte aus Gewerbebetrieb (§ 15 EStG) sowie Einkünfte aus selbständiger Arbeit (§ 18 EStG) sowie diesen gleichgestellte Einkünfte (vgl. Senatsurteil vom 22. September 1999 - B 5 RJ 52/98 R - SozR 3-2600 § 243 Nr 7 mwN). Mit Wirkung ab 1. Januar 1995 - also für den hier maßgeblichen Zeitraum - erfolgte eine Neufassung des § 15 SGB IV durch Art 3 Nr 2 ASRG 1995. § 15 Satz 1 SGB IV aF blieb unverändert. Dessen Satz 2 ("Bei der Ermittlung des Gewinns sind steuerliche Vergünstigungen unberücksichtigt zu lassen und Veräußerungsgewinne abzuziehen") wurde ersatzlos gestrichen und durch § 15 Abs 1 Satz 2 SGB IV nF ersetzt ("Einkommen ist als Arbeitseinkommen zu werten, wenn es als solches nach dem Einkommensteuerrecht zu bewerten ist"). Die Begründung im Gesetzentwurf (BT-Drucks 12/5700 S 92 zu Art 3 Nr 2) führt dazu an, dass die ersatzlose Streichung des § 15 Satz 2 SGB IV aF aus Gründen der Praktikabilität erfolge. Mit der Einfügung des § 15 Abs 1 Satz 2 SGB IV solle nunmehr bei unterschiedlichen Wertungen, sei es nur zwischen den Trägern der Sozialversicherung, sei es zwischen den Trägern der Sozialversicherung und der Finanzverwaltung, allein das Einkommensteuerrecht maßgeblich sein, womit "eine volle Parallelität von Einkommensteuerrecht und Sozialversicherungsrecht sowohl bei der Zuordnung zum Arbeitseinkommen als auch bei der Höhe des Arbeitseinkommens erreicht wird". Dies gilt - soweit Arbeitseinkommen anzurechnen ist - generell für das Leistungsrecht der gesetzlichen Rentenversicherung, ist aber gleichermaßen auch für das Beitragsrecht verbindlich, soweit Arbeitseinkommen als Bemessungsgrundlage dient (zur Vorgeschichte dieser Vereinheitlichung vgl. BSG Urteil vom 27. August 1998 - B 10 LW 8/97 R -, veröffentlicht in JURIS, auch Die Beiträge Beilage 1999, 195 und Urteil vom 22. Mai 2003 - B 12 KR 13/02 R - BSGE 91, 83 = SozR 4-2500 § 10 Nr 2, auch SGB 2003, 731 mit Anm Bloch). Durch Art 3 Nr 2 Buchst b des Altersvermögensergänzungsgesetzes (AVmEG) vom 21. März 2001 (BGBl I 403), nach Art 12 Abs 1 AVmEG in Kraft getreten am 1. Januar 2002, wurde § 18a SGB IV ein Absatz 2a eingefügt. Danach ist Arbeitseinkommen im Sinne des Absatzes 2 Satz 1 die positive Summe der Gewinne und Verluste ua aus der folgenden Einkommensart (Nr 2): Gewinne aus Gewerbebetrieb im Sinne der §§ 15, 16 und 17 EStG.

Es handelt sich dabei um eine lediglich klarstellende Regelung in gezielter Reaktion auf das Urteil des 4. Senats vom 27. Januar 1999 (B 4 RA 17/98 R - SozR 3-2400 § 15 Nr 6), das - und dies zeigt auch der jetzige Prozessverlauf - missverstanden werden kann (vgl. auch die Befürchtungen in dem im erstinstanzlichen Verfahren vorgelegten Beschluss des Fachausschusses für Versicherung und Rente des VDR vom 15. Februar 2000). In der Gesetzesbegründung (BT-Drucks 14/4595 S 59 zu Nr 3 <§ 18a>) heißt es dazu:

"Die von § 15 abweichende Definition des Arbeitseinkommens in Absatz 2a ist notwendig, um der Zielsetzung des Gesetzes zu entsprechen, alle Einkommensarten zu berücksichtigen. Denn nach der Rechtsprechung des BSG setzt Arbeitseinkommen eine eigene Tätigkeit des Betroffenen voraus, so dass bei fehlender eigener Mitwirkung im Betrieb, wie beispielsweise bei Kommanditisten, Arbeitseinkommen nach § 15 nicht vorliegt (vgl. BSG B 4 RA 17/98 R vom 27. Januar 1999). Ein solches Ergebnis wäre im Rahmen der Einkommensanrechnung nicht sachgerecht."



Indes ist dem Urteil des 4. Senats vom 27. Januar 1999 (aaO) nicht zu entnehmen, dass dieser entgegen dem Gesetzeswortlaut und der Rechtsprechung anderer Senate des BSG (vgl BSG Urteil vom 22. April 1986 - 12 RK 53/84 - SozR 2200 § 180 Nr 30, Senatsurteil vom 9. September 1993 - 5 RJ 60/92 - BSGE 73, 77 = SozR 3-2200 § 1248 Nr 9, Urteile vom 27. August 1998 - B 10 LW 8/97 R - veröffentlicht in JURIS, und vom 22. Mai 2003 - B 12 KR 13/02 R - BSGE 91, 83 = SozR 4-2500 § 10 Nr 2) die grundsätzliche Anlehnung des Begriffs des "Arbeitseinkommens aus selbständiger Tätigkeit" an die Systematik und Bewertung durch das Steuerrecht aufgegeben hätte, insbesondere nicht mit Blick auf die Tätigkeit eines Kommanditisten, der von der Finanzverwaltung als Mitunternehmer nach § 15 Abs 1 Nr 2 EStG eingestuft wurde und dessen Gewinnanteile deshalb als Einkünfte aus Gewerbebetrieb nach § 2 Abs 1 Nr 2 EStG der Einkommensteuer unterworfen wurden. Auch der 4. Senat spricht von einem nach § 97 Abs 1 Satz 1 SGB VI auf die Hinterbliebenenrente anrechenbaren "Einkommen des Berechtigten", wenn es aus eigener selbständiger Tätigkeit des Einkommensempfängers herrührt. Liegen - so der 4. Senat - derartige Einnahmen aus eigener selbständiger Tätigkeit vor, seien dem Träger der Sozialversicherung eigene Wertungen über die Höhe des Gewinns nach § 15 Abs 1 Satz 2 SGB IV nicht erlaubt. Keinesfalls ist dem Urteil vom 27. Januar 1999 (aaO) deshalb zu entnehmen, dass ein Kommanditist, der keine über das HGB hinausgehenden Rechte hat und nicht "aktiv" in die laufenden Geschäfte der KG eingebunden ist, kein Arbeitseinkommen im Sinne des § 15 Abs 1 SGB IV erzielen würde. Der 4. Senat behält sich lediglich vor, im Einzelfall unter Beachtung der wirtschaftlichen Zusammenhänge eine andere Bewertung vorzunehmen, wenn das Steuerrecht (hier tragend nach § 24 Nr 1 bis 3 EStG) auch Ersatz- und Nachfolgeeinkünfte der Hinterbliebenen von Gesellschaftern weiterhin den Einkünften aus Gewerbebetrieb zuordne, obwohl die selbständige Tätigkeit des Gesellschafters längst beendet worden sei und die Zahlungen der Gesellschaft an die Hinterbliebenen damit dem Charakter von Unterhaltszahlungen bzw einer Zusatzversorgung aus einem privaten System gleichkämen. In diesem Falle könne nicht mehr von einer "selbständigen Tätigkeit" unter dem "Einsatz seiner Arbeitskraft" (Bezugnahme auf BVerfGE 97, 271, 293) gesprochen werden.

Ein solcher Fall liegt hier nicht vor. Der Kläger hat sich freiwillig unter Abwägung der Vor- und Nachteile, auch hinsichtlich der Einkommensanrechnung auf die Hinterbliebenenrente (diesen Aspekt hebt das Urteil des 10. Senats des BSG vom 27. August 1998 - B 10 LW 8/97 R -, veröffentlicht in JURIS, hervor), als Kommanditist der R. KG in eine Mitunternehmerstellung iS des § 15 Abs 1 Nr 2 EStG begeben. Die als Gesellschafter erzielten Gewinnanteile sind deshalb anrechenbares Arbeitseinkommen iS des § 15 Abs 1 SGB IV. Insoweit handelt es sich um Gewinne aus einer "selbständigen Tätigkeit", die keinesfalls mit Unterhaltszahlungen oder einer Zusatzversorgung bzw einer privaten Betriebsrente zu vergleichen sind, sondern auf der Tätigkeit des Klägers in der R. KG in Ausübung seiner uneingeschränkten Rechte als Kommanditist und steuerrechtlicher Mitunternehmer beruhen.

Zu Recht hat sich das LSG an der Rechtsprechung des 12. Senats des BSG (Urteil vom 22. April 1986 - 12 RK 53/84 - SozR 2200 § 180 Nr 30) orientiert und die Einkünfte des Klägers nicht den Einkünften aus Kapitalvermögen, sondern in enger Anlehnung an die steuerrechtliche Rechtsprechung - ungeachtet der fehlenden Mitarbeit des Klägers bei den laufenden Geschäften der R. KG - den Einkünften aus Gewerbebetrieb zugeordnet.



Die Abgrenzung, eine der zentralen Fragen des Steuerrechts, ist seit der Entscheidung des Großen Senats des Bundesfinanzhofs (BFH) vom 25. Juni 1984 (GrS 4/82 - BFHE 141, 405 = BStBl II 1984, 751) weitgehend geklärt und es besteht mit Blick auf die Definition des § 15 Abs 1 Satz 2 SGB IV keinerlei Anlass, für das Sozialrecht davon abweichende oder ergänzende Kriterien einzuführen. Nach § 15 Abs 1 Nr 2 EStG sind Einkünfte aus Gewerbebetrieb ua "die Gewinnanteile der Gesellschafter einer OHG, einer KG und einer anderen Gesellschaft, bei der der Gesellschafter als Unternehmer (Mitunternehmer) des Betriebs anzusehen ist ...". Wann ein Gesellschafter Mitunternehmer ist, wird, so der Große Senat des BFH, im EStG nicht geregelt, und keinesfalls ist jeder Gesellschafter auch Mitunternehmer. Beschrieben wird die Mitunternehmerstellung vielmehr durch eine unbestimmte Zahl von Merkmalen. Kennzeichnend für den Mitunternehmer ist vorrangig, dass er zusammen mit anderen Personen eine Unternehmerinitiative (Mitunternehmerinitiative) entfalten kann und ein Unternehmerrisiko (Mitunternehmerrisiko) trägt. Beide Hauptmerkmale können zwar im Einzelfall mehr oder weniger ausgeprägt sein, müssen jedoch beide vorliegen. Geht es um den Kommanditisten, muss dieser nach dem Gesellschaftsvertrag und seiner tatsächlichen Durchführung zumindest eine Stellung haben, die nicht wesentlich hinter derjenigen zurückbleibt, die handelsrechtlich das Bild des Kommanditisten bestimmt. Mitunternehmerinitiative bedeutet vor allem die Teilnahme an unternehmerischen Entscheidungen, wobei indes beim Kommanditisten schon die Möglichkeit der Ausübung von Gesellschafterrechten, die wenigstens den Stimm-, Kontroll- und Widerspruchsrechten angenähert sind, die einem Kommanditisten nach dem HGB zustehen, ausreicht. Mitunternehmerrisiko bedeutet die gesellschaftsrechtliche oder eine dieser wirtschaftlich vergleichbare Teilnahme am Erfolg oder Misserfolg eines gewerblichen Unternehmens. Dieses Risiko wird regelmäßig über den Gesellschaftsvertrag durch Beteiligung am Gewinn und Verlust sowie an den stillen Reserven des Anlagevermögens, einschließlich eines Geschäftswerts, vermittelt. Ein Kommanditist trägt ein solches Risiko, wenn er einerseits am laufenden Gewinn, im Falle seines Ausscheidens und der Liquidation an den stillen Reserven, andererseits nach Maßgabe des § 167 Abs 3 HGB am Verlust beteiligt ist. (Vgl zu weiteren Einzelheiten, insbesondere zur neuen Rechtsprechung des BFH, Schmidt, Komm EStG, 23. Aufl, 2004, § 15 RdNr 262 - 273).

Im Falle des Klägers hat das LSG festgestellt, dass der Kläger nach dem Gesellschaftsvertrag die volle rechtliche Stellung eines Kommanditisten nach dem HGB inne hatte und keinerlei Beschränkungen unterworfen war, insbesondere keinerlei Abweichungen vom Regelstatut des HGB vereinbart waren. An diese nicht angegriffenen Feststellungen ist der Senat nach § 163 Sozialgerichtsgesetz (SGG) gebunden. Unter diesen tatsächlichen Voraussetzungen sind die jährlich erzielten und festgestellten Gewinnanteile des Klägers an der R. KG als Einkünfte aus Gewerbebetrieb und damit auch als Gewinn aus einer selbständigen Tätigkeit im Sinne des § 15 Abs 1 SGB IV rechtlich einzuordnen.

Soweit der Kläger unter Bezugnahme auf das Urteil des BSG vom 26. Januar 1972 (10 RV 216/70 - veröffentlicht in JURIS) meint, die Kriterien müssten erweitert werden, zu fordern sei das Betreiben eines Gewerbes auf eigene Rechnung, die Verfügungsgewalt über Betriebseinrichtungen und Betriebsmittel sowie eine weitgehende Einwirkungsmöglichkeit auf die Betriebsführung, verkennt er, dass diese Rechtsprechung nicht die Mitunternehmerstellung im Sinne des § 15 Abs 1 Nr 2 EStG betrifft, sondern die Frage, unter welchen Voraussetzungen im Rahmen des Berufsschadensausgleichs nach dem Bundesversorgungsgesetz von einer Stellung des Geschädigten als "Mitunternehmer" auszugehen ist. Hier ist wegen des drohenden Leistungsmissbrauchs ein strengerer Maßstab geboten. Auch die



Rechtsprechung des BSG zu der Frage, unter welchen Voraussetzungen eine "selbständige Tätigkeit ausgeübt" wird, die nach § 44 Abs 2 Satz 2 Nr 1 SGB VI in der bis 31. Dezember 2000 geltenden Fassung dem Eintritt des Versicherungsfalles der Erwerbsunfähigkeit (EU) entgegensteht, ist nicht einschlägig. Zwar führt nach dem Urteil des BSG vom 5. November 1980 (11 RA 80/79 - BSGE 50, 284 = SozR 5750 Art 2 § 9a Nr 11) die auf die Rechtsstellung nach dem HGB beschränkte Tätigkeit eines Kommanditisten nicht zur Feststellung einer "selbständigen Tätigkeit" als Ausschlussstatbestand für die frühere Versichertenrente wegen EU. Die Anrechnung von Einkünften im Rahmen der Bedürftigkeitsprüfung auf eine Hinterbliebenenrente ist indes rechtlich etwas völlig anderes als ein Ausschlussstatbestand für eine Versichertenrente aus eigenem Recht. Eine Parallelität läge erst dann vor und würde sich gleichermaßen auswirken, sobald auf die dem Grunde nach bestehende EU-Rente Arbeitseinkommen im Sinne des § 15 Abs 1 SGB IV anzurechnen wäre. Die vom Kläger weiter angeführten beiden Entscheidungen des erkennenden Senats vom 9. September 1993 (5 RJ 60/92 - BSGE 73, 77 = SozR 3-2200 § 1248 Nr 9) und vom 16. Mai 2001 (B 5 RJ 46/00 R - BSGE 88, 117 = SozR 3-2600 § 97 Nr 4), die sich mit dem Abzug von Verlusten nach Maßgabe des § 10d EStG befassen, interpretieren § 15 SGB IV in keiner abweichenden Weise und sind deshalb nicht geeignet, die Rechtsansicht des Klägers zu stützen.

Das "Rechenwerk" der Beklagten im streitgegenständlichen Bescheid ist bis auf die vom LSG vorgenommene geringfügige Korrektur nicht zu beanstanden. Insoweit besteht zwischen den Beteiligten auch kein Streit.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.