L 4 KR 3855/07

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 3 KR 3239/06
Datum
24.05.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 3855/07
Datum
24.04.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 24. Mai 2007 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin in der Zeit ab 13. April 1993 bei der Beigeladenen zu 1) gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Die am 1966 geborene Klägerin ist nach ihren eigenen Angaben ausgebildete Restaurantfachfrau und seit dem 13. April 1993 mit H. F., dem Mitgesellschafter der Beigeladenen zu 1), verheiratet. Eine Gütergemeinschaft ist nicht vereinbart.

Aufgrund des mit der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1), der Firma E. & H. F. Hotelbetriebsgesellschaft S. OHG, vertreten durch die Gebrüder E. und H. F., am 01. Januar 1991 geschlossenen Arbeitsvertrags wurde die Klägerin ab 01. Januar 1991 als Restaurantleiterin eingestellt (§§ 1 und 2 des Arbeitsvertrags). Als Arbeitszeit wurden 45 Stunden (§ 3 des Arbeitsvertrags), eine Bruttovergütung von monatlich DM 2.800,00 und Zuschläge für Sonn-, Feiertags- und Nachtarbeit (§ 4 des Arbeitsvertrags) vereinbart. Weiter wurde vereinbart, dass Überstunden nur anerkannt würden, wenn sie von der Geschäftsleitung oder deren Beauftragten ausdrücklich angeordnet worden seien (§ 5 des Arbeitsvertrags), dass der Klägerin 30 Urlaubstage pro Jahr zustünden (§ 6 des Arbeitsvertrags), dass die Klägerin zum Tragen von Dienstkleidung verpflichtet sei (§ 9 Ziff. 5 des Arbeitsvertrags) sowie dass alle Änderungen und/oder Ergänzungen des Arbeitsvertrags sowie etwaige Nebenabreden zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürften (§ 12 des Arbeitsvertrags).

Die Klägerin wurde von der Rechtsvorgängerin der Beigeladenen zu 1) bei der damaligen AOK F., nunmehr AOK Baden-Württemberg, als zuständige Einzugsstelle ab dem 01. Januar 1991 als gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigte Angestellte angemeldet. Es wurden Gesamtsozialversicherungsbeiträge (GSVB) zur Renten-, Arbeitslosen-, Kranken- und Pflegeversicherung abgeführt. Am 22. August 2005 kündigte die Klägerin ihre Mitgliedschaft bei der AOK Baden-Württemberg zum 31. Oktober 2005. Seit dem 01. November 2005 ist die Klägerin Mitglied der Beklagten, an die seither die GSVB abgeführt werden.

Mit Gesellschaftsvertrag vom 25. August 2003 wurde die Beigeladene zu 1) errichtet. Nach § 2 des Gesellschaftsvertrags ist Gegenstand des Unternehmens der Betrieb der beiden Hotels S. und Unterstmatt sowie alle damit zusammenhängenden Tätigkeiten. Persönlich haftender Gesellschafter ist H. F. (§ 3 Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags), weitere persönlich haftende Gesellschafterin ist die Firma Familien F. Verwaltungs- und Beteiligungs GmbH (Komplementär-GmbH; § 3 Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrags). Als Kommanditist ist E. F. beteiligt (§ 3 Ziff. 3 des Gesellschaftsvertrags). Sowohl der Komplementär H. F. als auch die Komplementär-GmbH sind jeweils für sich zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft berechtigt und verpflichtet (§ 4 Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags). Der Komplementär-GmbH sowie ihren Organen wird für alle Handlungen geschäftlicher und gesellschaftsrechtlicher Art mit der Kommanditgesellschaft Befreiung von den Beschränkungen des § 181 des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) erteilt, ebenso dem Komplementär H. F. (§ 4 Ziff. 2 des Gesellschaftsvertrags). Die Kommanditisten sind von der Geschäftsführung und Vertretung der Gesellschaft ausgeschlossen (§ 5 Ziff. 1 des Gesellschaftsvertrags).

Mit Schreiben vom 25. August 2005, bei der Beklagten eingegangen am 26. September 2005, beantragte die Klägerin über die W. & B. GmbH (Finanzdienstleistungen - Managementagentur) festzustellen, dass ihre Tätigkeit ab dem 01. Januar 1991, spätestens jedoch ab dem Tag ihrer Eheschließung (13. April 1993) nicht sozialversicherungspflichtig sei. Sie machte geltend, die tatsächlichen Verhältnisse seien

aufgrund der bereits damals bestandenen Lebensgemeinschaft zwischen ihr und H. F. von Anfang an von den arbeitsvertraglichen Regelungen abgewichen. Tatsächlich werde die Beigeladene zu 1) zwischen den Brüdern und ihren Ehefrauen als gleichberechtigte Partner wie ein typischer Familienbetrieb geführt. Seit Aufnahme ihrer Tätigkeit im Unternehmen ihres Ehemannes, spätestens jedoch seit dem Tag ihrer Eheschließung, sei sie nicht wie eine fremde Arbeitskraft mit fest umrissenem Aufgabenkreis in den Betrieb eingegliedert gewesen, habe keinen (auch noch so abgeschwächten) Weisungen eines Anderen bzgl. Zeit, Art, Dauer oder Ort ihrer Tätigkeit unterlegen, habe ihre Tätigkeit im Rahmen einer von ihr selbst gegebenen Ordnung in jeglicher Hinsicht frei bestimmen und gestalten können, habe an der Führung des Betriebs, insbesondere aufgrund ihrer familiären Verbundenheit, aber auch aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse durch ihre Ausbildung zur Restaurantfachfrau mitgewirkt, habe die Firma nach Außen hin auch allein vertreten, habe selbst über die Unternehmenspolitik (Verwendung von Gewinnen, Investitionen etc.) entscheiden können, habe ihre Arbeitszeit ohne Anspruch auf Überstundenvergütung an bis zu sechs Arbeitstagen pro Woche regelmäßig 60 Arbeitsstunden und mehr umfasst, habe sich das ihr gezahlte Entgelt nicht an tariflichen oder ortsüblichen Vorgaben orientiert und während des gesamten Beurteilungszeitraums habe sie ohne Inanspruchnahme einer anderweitigen Vergütung auf einen erheblichen Teil ihres ursprünglich vereinbarten Jahresurlaubs verzichtet. Die Entrichtung von Lohnsteuer und die Verbuchung des Entgelts als Betriebsausgabe sei nicht zwangsläufig ein Indiz für das Vorliegen von Sozialversicherungspflicht. Des Weiteren reichte die Klägerin den "Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen" vom 30. Juli 2005 ein. Die Richtigkeit der Angaben wurde von H. F. bestätigt. Danach sei die Klägerin als Restaurantleiterin an fünf bis sechs Tagen zu 60 Arbeitsstunden die Woche für ein monatliches Arbeitsentgelt in Höhe von EUR 2.400,00 beschäftigt. Zu ihrer Tätigkeit zählten die Personaleinstellung, die Erstellung von Dienstplänen und der Einkauf. Die Tätigkeit werde aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt und ohne ihre Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Sie (die Klägerin) sei nicht an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden, könne ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten und wirke bei der Führung des Betriebs mit. Die Mitarbeit sei aufgrund familiärer Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Es bestehe ein Urlaubsanspruch von 30 Arbeitstagen und die Kündigungsfrist belaufe sich auf sechs Monate. Das Arbeitsentgelt werde bei Arbeitsunfähigkeit für sechs Wochen fortgezahlt. Das Arbeitsentgelt entspreche nicht dem tariflichen bzw. dem ortsüblichen Lohn/Gehalt und sei zu wenig für die geleistete Arbeit. Das regelmäßig gezahlte Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bank-/Girokonto überwiesen, für das sie verfügungsberechtigt sei. Von dem Arbeitsentgelt werde Lohnsteuer entrichtet und es werde als Betriebsausgabe gebucht. Sie sei an dem Betrieb nicht beteiligt und habe weder dem Betrieb noch dem Betriebsinhaber Darlehen gewährt bzw. Bürgschaften oder Sicherheiten übernommen.

Mit Schreiben vom 23. November 2005 bat die Beklagte die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg um Abstimmung hinsichtlich der versicherungsrechtlichen Beurteilung ab dem 01. November 2005, wobei sie (die Beklagte) davon ausgehe, dass kein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliege. Ein Antwortschreiben befindet sich nicht in der Verwaltungsakte der Beklagten. Mit Bescheid vom 05. April 2006 teilte die Beklagte der Klägerin mit, dass eine Beurteilung des Beschäftigungsverhältnisses erst ab dem Tag der Hochzeit (13. April 1993) möglich sei und stellte fest, dass sie in ihrer Tätigkeit seit dem 13. April 1993 gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt sei. Sie sei anstelle einer fremden Arbeitskraft beschäftigt und erhalte ein angemessenes Arbeitsentgelt, von dem regelmäßig Lohnsteuer entrichtet und das als Betriebsausgabe gebucht werde. Auch sei sie am Betriebsvermögen nicht beteiligt. Für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses spreche der Umstand, dass sie ihre Tätigkeit ohne unternehmerisches Risiko ausübe. In Anbetracht ihrer regelmäßigen Gehaltsbezüge sei sie wie eine Arbeitnehmerin tätig. Mit Schreiben ihrer Bevollmächtigten vom 12. April 2006, das von den Beteiligten einvernehmlich als Widerspruch gewertet wurde, wurde im Wesentlichen das Vorbringen im Antrag wiederholt und ergänzend darauf hingewiesen, dass sie (die Klägerin) und ihre Schwägerin D. F. gemeinsam mit ihren Ehemännern die Gesamtverantwortung für das Unternehmen trügen und insofern für alle Tätigkeiten bereichsübergreifend maßgeblich zuständig seien. Nur in Teilbereichen arbeite sie wie eine andere Arbeitskraft (z.B. als Empfangschefin). Würden sie und ihre Schwägerin aus dem Betrieb ausscheiden, müssten die Ehemänner die Führungsverantwortung allein wahrnehmen. Im Übrigen nehme sie jährlich nur zehn bis 14 Tage Urlaub. Mit Schreiben vom 29. Juni 2006 wies die Beklagte darauf hin, dass sie für die versicherungsrechtliche Beurteilung vor dem 01. November 2005 unzuständig sei und ein diesbezüglicher Antrag (für die Zeit ab dem 01. Januar 1991 bis zum 31. Oktober 2005) bei der damals zuständigen Krankenkasse (AOK F.) zu stellen sei. Nach Ablauf der 14-tägigen Äußerungsfrist deutete die Beklagte mit Bescheid vom 13. Juli 2006, der eine Rechtsbehelfsbelehrung enthielt, den Bescheid vom 05. April 2006 nach § 43 Abs. 1 des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB X) dahingehend um, dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis der Klägerin im "Hotel S. OHG" (gemeint Beigeladene zu 1)) ab dem 01. November 2005 festgestellt werde. Der Widerspruchsausschuss der Beklagten wies den Widerspruch sodann mit Widerspruchsbescheid vom 02. August 2006 zurück und führte unter anderem aus, dass die Jahresmeldungen auch nach der Eheschließung als versicherungspflichtig Beschäftigte zur Weiterleitung an die beteiligten Sozialversicherungsträger abgegeben worden seien. Es sei daher davon auszugehen, dass die Beteiligten die Mitarbeit der Klägerin als Beschäftigungsverhältnis hatten ansehen wollen und dieses dementsprechend ausgestaltet hätten. Gehe man von einer wöchentlichen Arbeitszeit von maximal 45 Stunden aus, ergebe sich ein Stundenlohn von EUR 12,31 (ohne Berücksichtigung der Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschläge), der im Hotel- und Gaststättengewerbe als adäquate Entlohnung angesehen werden könne. Die Indizien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (etwa arbeitsvertragliche Vereinbarung, Eingliederung in den Betrieb, Urlaubsanspruch von 30 Urlaubstagen, vereinbarte Kündigungsfrist, Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall, gleichbleibende monatliche Vergütung von EUR 2.400,00 zuzüglich Sonn-, Feiertags- und Nachtzuschlägen, Vereinbarung über die Regelung von Überstundenvergütungen, Vereinbarung zur Verpflichtung zur Tragung von Dienstkleidung, Entrichten von Lohnsteuer und Verbuchung des Gehalts als Betriebsausgabe, keine Beteiligung an dem Betrieb, kein Unternehmerrisiko, keine notarielle Vereinbarung der ehelichen Gütergemeinschaft) überwögen die Indizien eines nichtversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses (wie etwa Verzicht auf Urlaub, Weisungsfreiheit im Aufgabengebiet als Restaurantleiterin, Selbstbestimmung der Arbeitszeit und Gestaltung der Tätigkeit sowie Einstellung und Einteilung des Personals im Aufgabenbereich als Restaurantleiterin).

Hiergegen erhob die Klägerin am 31. August 2006 Klage beim Sozialgericht Reutlingen (SG), mit der sie die Aufhebung der Feststellung der Versicherungspflicht begehrte. Sie wiederholte ihr bisheriges Vorbringen und trug ergänzend vor, dass die Beklagte auch für die versicherungsrechtliche Beurteilung bereits abgelaufener Zeiträume zuständig sei. Im Übrigen nehme sie seit ihrer Eheschließung gemeinsam mit ihrem Ehemann die Führungsverantwortung für das Unternehmen wahr und übe ihre Tätigkeit nicht mehr allein als Restaurantleiterin aus. Vorliegend liege die Besonderheit darin, dass das versicherungspflichtige Arbeitsverhältnis nach der Eheschließung nahtlos in ein nicht abhängiges Arbeitsverhältnis übergegangen sei. Diese Statusänderung sei von den Betroffenen seinerzeit weder erkannt worden noch seien sie durch die damals zuständige Einzugsstelle auf die Notwendigkeit einer diesbezüglichen Überprüfung hingewiesen worden. Die Beklagte habe sich ausschließlich auf den längst überholten und durch die tatsächliche Entwicklung faktisch in wesentlichen Teilen nichtig gewordenen Arbeitsvertrag vom 01. Januar 1991 berufen. Sämtliche Abweichungen von den ursprünglich getroffenen

Regelungen seien ohne Schriftform vollzogen worden Sie könne aber innerhalb des Unternehmens nach eigenem Gutdünken schalten und walten. Allerdings treffe es zu, dass das Arbeitsentgelt bargeldlos auf ihr Bankkonto gezahlt werde und von diesem Konto der gemeinsame Lebensunterhalt (mit-)bestritten werde. Dass sie nicht am Unternehmen ihres Ehemanns beteiligt sei, sei für den sozialversicherungsrechtlichen Status unerheblich. Ein "Motivwechsel" dahingehend, dass sie aus anderen Gründen nunmehr selbstständig tätig sein wolle, liege nicht vor. Im Übrigen spreche der Umstand, dass das Schriftformerfordernis in § 12 des Arbeitsvertrags hinsichtlich der Änderungen des Vertrags nicht eingehalten worden sei, für die Gleichberechtigung zwischen ihr und dem formellen Betriebsinhaber. Auch übe sie zusätzlich zu ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) eine weitere nicht geringfügige selbstständige Tätigkeit (Handelsagentur) aus. Zur weiteren Begründung legte die Klägerin die Kündigungsbestätigung der AOK Baden-Württemberg vom 01. September 2005 vor.

Die Beklagte trat der Klage entgegen und wies darauf hin, dass sie erst ab Beginn der Mitgliedschaft am 01. November 2005 das Arbeitsverhältnis sozialversicherungsrechtlich beurteilen könne. Bislang sei bei der AOK F. aber noch kein Antrag auf Überprüfung der Sozialversicherungspflicht für die Zeit bis zum 31. Oktober 2005 gestellt worden. Auch sei der Arbeitsvertrag nicht schriftlich geändert worden und die Klägerin sei weiterhin nicht an der Beigeladenen zu 1) beteiligt.

Das SG lud mit Beschluss vom 29. September 2006 die E. & H. F. Hotelbetriebsgesellschaft OHG, die frühere Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund, Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit, Beigeladene zu 3) und die Pflegekasse der Beklagten, Beigeladene zu 4), zum Verfahren bei. Mit Beschluss vom 08. November 2006 änderte das SG den Beiladungsbeschluss vom 29. September 2006 dahingehend ab, dass statt der Beigeladenen zu 2) (Deutsche Rentenversicherung Bund) die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg beigeladen wurde.

Mit Urteil vom 24. Mai 2007 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung führte es aus, es könne dahingestellt bleiben, ob die Beklagte eine Entscheidung über den versicherungsrechtlichen Status nur für die Zeit der Mitgliedschaft der Klägerin bei der Beklagten vornehmen könne. Denn auch in der Zeit davor habe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorgelegen, sodass die von der Klägerin gewünschte Feststellung nicht getroffen werden könne. Bei der zu treffenden Gesamtabwägung überwögen die Merkmale, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen, deutlich. Die Klägerin sei nicht Unternehmerin, da sie keine Gesellschaftsanteile besitze und auch bei der in jüngster Vergangenheit erfolgten Unternehmensumwandlung nicht daran gedacht worden sei, ihr Anteile zu übertragen. Offensichtlich legten ihr Ehemann und dessen Bruder Wert darauf, die Inhaberstellung nicht mit den Ehefrauen zu teilen. Ein gleichberechtigtes Nebeneinander in der Firmenführung reiche jedoch nicht aus, um abweichend von den tatsächlichen Inhaberverhältnissen anzunehmen, dass die Klägerin im Betrieb "das Sagen" habe bzw. sie als "Kopf und Seele" anzusehen sei. Nicht glaubhaft sei, dass die Einordnung der Klägerin als abhängig Beschäftigte auf Unkenntnis in den rechtlichen Belangen beruht habe. Dagegen spreche bereits, dass die Klägerin bis heute nach wie vor steuerrechtlich als Arbeitnehmerin geführt werde. Sie erhalte eine Bezahlung, die deutlich über ein Taschengeld hinausgehe. Im Übrigen sei es auch bei führenden Beschäftigten nicht ungewöhnlich, dass diese regelmäßig Überstunden leisteten. Die selbstständige Tätigkeit der Klägerin in Form des Betreibens einer Handelsagentur lasse keinerlei Rückschlüsse auf die hier vorzunehmende Bewertung zu. Auch sei das Vorbringen, der schriftliche Arbeitsvertrag sei ab dem Zeitpunkt der Eheschließung ohne Bedeutung gewesen, so nicht zutreffend. Denn bis jetzt würden aus diesem schriftlichen Arbeitsvertrag hinaus die Lohnzahlungen an die Klägerin geleistet. Auch sei davon auszugehen, dass eine laufende steuerrechtliche Beratung erfolgt sei. Die Klägerin habe bewusst eine eigenständige selbstständige Tätigkeit in Form der Handelsagentur aufgenommen, um günstiger an Produkte für das Hotel und die dort betriebene Boutique zu kommen, woraus sich ergebe, dass die Klägerin bewusst als Arbeitnehmerin geführt worden sei, um steuerrechtliche und auch sozialversicherungsrechtliche Vorteile zu sichern. Mit der Eheschließung habe sich nichts daran geändert, dass die Klägerin in dem Unternehmen ihres Ehemanns und dessen Bruders als übergeordneter betrieblicher Organisation eingegliedert gewesen sei. Der Fortbestand des Beschäftigungsverhältnisses sei gewollt gewesen und stehe damit im Einklang, dass die Klägerin nicht in eine Inhaberstellung aufgerückt sei. Im Übrigen verhielten sich die Klägerin und ihr Ehemann jedenfalls seit der Durchführung des Statusfeststellungsverfahrens widersprüchlich, wenn sie eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin festgestellt wissen wollten, andererseits bis zum heutigen Tag an der steuerrechtlichen Behandlung der nach wie vor erfolgenden Lohnzahlungen nichts änderten.

Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 12. Juli 2007 gegen Empfangsbekenntnis zugestellte Urteil hat die Klägerin am 07. August 2007 schriftlich beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt. Sie wiederholt ihr bisheriges Vorbringen und macht ergänzend geltend, mitarbeitende Angehörige, denen keine Vorgaben hinsichtlich Art, Inhalt und Zeit ihrer Tätigkeit gemacht würden, seien nicht abhängig beschäftigt. Ihr würden keine Weisungen erteilt. Vielmehr erfolge die Leitung der Hotelbetriebsgesellschaft, die als gemeinsames Unternehmen betrachtet werde, in einem gleichberechtigten Neben- und Miteinander. Ihr Gewicht und das ihrer Schwägerin seien bei wesentlichen Entscheidungen eher höher als das der formellen Betriebsinhaber. Faktisch gebe es keine Trennung zwischen Privat- und Berufsleben. Auch sei fraglich, ob das SG für die hier vorzunehmende Überprüfung des Vorliegens eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Ehegatten auf die Rechtsprechung zur statusrechtlichen Einordnung von Fremdgeschäftsführern einer GmbH habe zurückgreifen können. Insgesamt habe keine Veranlassung bestanden, bei der Umwandlung der OHG in eine GmbH & Co. KG die formellen Inhaberverhältnisse zu verändern. Die nach wie vor nicht erfolgte unmittelbare Beteiligung am Unternehmen als Mitinhaberin sei weder als Ausdruck des bewussten Ausschlusses von einer Mitinhaberschaft noch als Demonstration einer Abhängigkeit zu deuten. Bei der Unternehmensumwandlung hätten ausschließlich steuer- und haftungsrechtliche Fragen im Mittelpunkt gestanden. An die Veränderung der Inhaberverhältnisse sei weder gedacht worden, noch habe diese Frage aufgrund der in der Praxis zur Zufriedenheit aller Beteiligten funktionierenden bisherigen Verhältnisse irgendeine Relevanz besessen. Auch stelle die steuerliche Behandlung der an sie ausgezahlten Entgelte kein Indiz für ihre abhängige Beschäftigung dar. Die Frage der steuerrechtlichen Behandlung der Entgeltzahlungen sei sehr wohl mit dem Steuerberater erörtert worden. Auf Anraten des Steuerberaters sei eine Änderung auch während des Statusfeststellungsverfahrens nicht vorgenommen worden. Man habe zunächst das Ergebnis des laufenden Statusfeststellungsverfahrens abwarten wollen, um dann gegebenenfalls eine entsprechende Überprüfung unter steuerrechtlichen Gesichtspunkten einzuleiten. Im Übrigen sei Gründungszweck der Handelsagentur zunächst der Verkauf von Souvenirs und Accessoires und erst später der Bezug von Produkten für das Hotel gewesen. Letztlich sei auch der Schluss des SG, der Arbeitsvertrag sei weiterhin Grundlage für ihre Tätigkeit, nicht zulässig. Denn es fehlten auch schriftliche Zusatzvereinbarungen hinsichtlich des nunmehr gezahlten Gehalts, das ca. EUR 1.000,00 höher liege als seinerzeit vereinbart. Für das vorliegende Verfahren bestehe im Übrigen ein Rechtsschutzbedürfnis, da beabsichtigt sei, die Erstattung von Beiträgen zu beantragen. Bislang sei dies noch nicht erfolgt. Die Zuständigkeit der Beklagten ergebe sich aus § 28h Abs. 2 des Vierten Buchs des Sozialgesetzbuchs (SGB IV). Die Voraussetzungen für ein Statusfeststellungsverfahren nach § 7a ff. SGB IV lägen nicht vor. Diesbezüglich hat die Klägerin die Schreiben der Deutschen Rentenversicherung Bund vom 23. Februar und 12. Mai 2006 vorgelegt. Des Weiteren hat die

Klägerin den Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 1) vom 25. August 2003 vorgelegt. Der Gründungsvertrag der OHG sei hingegen nicht mehr auffindbar.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 24. Mai 2007 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 05. April 2006 in der Fassung des Bescheids vom 13. Juli 2006 und in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02. August 2006 festzustellen, dass sie seit dem 13. April 1993 bei der Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig beschäftigt ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angegriffene Urteil für zutreffend. Sie sei ab 01. November 2005 gemäß § 28h Abs. 2 SGB IV als zuständige Einzugsstelle berechtigt, über die Versicherungspflicht der Klägerin in allen Zweigen der Sozialversicherung ab dem 01. November 2005 zu entscheiden. Die Indizien für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) seien eindeutig gegeben.

Der Senat hat mit Beschluss vom 06. April 2009 den Beiladungsbeschluss des SG vom 29. September 2006 bezüglich der Beiladung der E. & H. F. Hotelbetriebsgesellschaft OHG abgeändert und anstelle dieser die Familien F. GmbH & Co. KG, Beigeladene zu 1), zum Verfahren beigeladen. Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt. Die Beigeladenen zu 2) und 3) halten das angefochtene Urteil für zutreffend. Die übrigen Beigeladenen haben sich zur Sache nicht geäußert.

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

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte und auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den §§ 143, 151 Abs. 1 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat nach den §§ 153 Abs. 1, 124 Abs. 2 SGG mit dem Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entschieden hat, ist zulässig und insbesondere statthaft im Sinne des § 144 Abs. 1 Satz 2 SGG. Denn es geht um die Versicherungspflicht der Klägerin über einen längeren Zeitraum als ein Jahr. Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, da der Bescheid vom 05. April 2006 in der Fassung des Bescheids vom 13. Juli 2006 und in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02. August 2006 rechtmäßig ist und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass die Klägerin ab dem 01. November 2005 bei der Beigeladenen zu 1) eine abhängige Beschäftigung ausübt und deshalb in allen Zweigen der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

1. Streitgegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 05. April 2006 in der Fassung des Bescheids vom 13. Juli 2006 und in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 02. August 2006. Mit dem Bescheid vom 13. Juli 2006 hat die Beklagte den Bescheid vom 05. April 2006 dahingehend umgedeutet (vgl. § 43 Abs. 1 SGB X), dass ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) erst ab dem 01. November 2005 festgestellt werden könne, da sie (die Beklagte) für die Zeit zuvor aus Unzuständigkeit eine versicherungsrechtliche Beurteilung nicht vornehmen könne.

Der Bescheid vom 13. Juli 2006 hat damit aber - da die Umdeutung auf den Zeitpunkt des Erlasses des ursprünglichen Bescheids zurückwirkt (vgl. Schütze in von Wulffen, Kommentar zum SGB X, 6. Auflage 2008, § 43 RdNr. 5) - den Bescheid vom 05. April 2006, in dem die Beklagte das Arbeitsverhältnis der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) bereits ab dem 13. April 1993 sozialversicherungsrechtlich beurteilte, modifiziert bzw. geändert, sodass dieser Bescheid entgegen der beigefügten Rechtsbehelfsbelehrung - gemäß § 86 SGG Gegenstand des Vorverfahrens geworden ist (vgl. zur Rechtsnatur der Umdeutung Waschull in LPK-SGB X, 2. Auflage 2007, § 43 RdNr. 3 ff.).

2. Die Beklagte geht zutreffend davon aus, dass sie für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung des Arbeitsverhältnisses der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) erst für die Zeit ab dem 01. November 2005 zuständig ist.

Nach § 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die hier für die Zeit ab dem 01. November 2005 nach § 28i Satz 1 SGB IV zuständige Einzugsstelle ist die Beklagte. Nach § 28i Satz 1 SGB IV gilt: Zuständige Einzugsstelle für den GSVB ist die Krankenkasse, von der die Krankenversicherung durchgeführt wird. Nachdem die Beklagte die Krankenversicherung für die Klägerin erst ab dem 01. November 2005 durchführt, ist sie die für diese Zeit zuständige Einzugsstelle. Für die Zeit vom 13. April 1993 bis 31. Oktober 2005 war hingegen die zuständige Einzugsstelle die AOK F. bzw. deren Rechtsnachfolgerin, die AOK Baden-Württemberg. Bei ihr war die Klägerin in diesem Zeitraum krankenversichert. Dementsprechend zahlte die Beigeladene zu 1) als Arbeitgeber an sie die Sozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 13. April 1993 bis 31. Oktober 2005. Aufgrund der Änderung der Krankenkassenmitgliedschaft zum 01. November 2005 ist die Entscheidungsbefugnis über die Versicherungspflicht für den Zeitraum vom 13. April 1993 bis 31. Oktober 2005 nicht auf die Beklagte, deren Mitglied die Klägerin fortan ist, übergegangen (vgl. hierzu Bundessozialgerichts (BSG) SozR 4-2400 § 28h Nr. 4). Die Änderung der Mitgliedschaft führt zum Übergang der Zuständigkeit als Einzugsstelle auf die nun die Krankenversicherung durchführende Krankenkasse ab dem Zeitpunkt des Wechsels. Soweit über die Versicherungspflicht und Beitragspflicht für die Vergangenheit zu entscheiden ist, bleibt die zu diesem Zeitpunkt die Versicherung durchführende Krankenkasse - hier die AOK Baden-Württemberg - zur Entscheidung berufen (vgl. nochmals BSG SozR 4-2400 § 28h Nr. 4).

Eine Zuständigkeit der Deutschen Rentenversicherung Bund für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht, die eine Zuständigkeit der Beklagten ausschließt, ergibt sich für den vorliegenden Fall im Übrigen auch noch nicht aus § 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV, eingefügt mit Wirkung ab 01. Januar 2005 durch Art. 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 (BGBl. I,

S. 2954). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a SGB IV) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Nach § 28h Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. d (SGB IV, eingefügt mit Wirkung vom 30. März 2005 durch Art. 1 Nr. 6 Buchst. d des Gesetzes zur Vereinfachung des Verwaltungsverfahrens im Sozialrecht (Verwaltungsvereinfachungsgesetz) vom 21. März 2005 (BGBl. I, S. 818), müssen die Meldungen enthalten für jeden Versicherten insbesondere bei der Anmeldung die Angabe, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner, seit 01. Januar 2008 auch als Abkömmling (erweitert durch Art. 15 des Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007, BGBl. I, S. 3024) besteht. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Ehegatten jedoch erst bei Tätigkeiten durchzuführen, die erstmals nach dem 30. März 2005 aufgenommen worden sind (vgl. Marschner in Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, § 7a Rdnr. 3; Lüdtke in LPK-SGB IV, § 7a Rdnr. 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt worden war, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach § 28h Abs. 2 SGB IV. Dies gilt auch dann, wenn nach dem 30. März 2005 - wie hier - ein Krankenkassenwechsel stattgefunden hat. Die Aufnahme der Tätigkeit der Klägerin erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich am 01. Januar 1991, sodass die Beklagte für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht im hier streitigen Zeitraum zuständig ist.

3. Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V), in der Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung bis 31. Dezember 1997 nach § 168 Abs. 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG), seit 01. Januar 1998 nach § 25 Abs. 1 Satz 1 des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) sowie in der Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 des Elften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach § 7 Abs. 1 SGB IV die nichtselbstständige Tätigkeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse sind in diesem Sinne die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 4; SozR 3-4100 § 168 Nr. 18). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSGE 45, 199, 200 ff.; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 13; BSGE 87, 53, 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 RdNr. 17).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG Urteile vom 10. Mai 2007 - B 7a AL 8/06 - und vom 17. Dezember 2002 - B 7 AL 34/02 R -; jeweils veröffentlicht in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann beispielsweise bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die beispielsweise dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG Urteil vom 08. Dezember 1987 - 7 RAr 25/86 -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltfortzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSGE 3, 30, 39 f.; 17, 1, 7 f.; 74, 275, 278 f.; BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; SozR 3-4100 § 168 Nr. 11).

Bei der Beschäftigung eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG Urteil vom 17. Dezember 2002 - B 11 AL 34/02 R -, veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen ist, ob das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und schließlich, ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Sind die genannten Voraussetzungen erfüllt, ist es für die Bejahung eines Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG SozR 3-2500 § 5 Nr. 17). Der Annahme eines

Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSGE 34, 207, 210; BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 1; SozR 3-4100 § 168 Nr. 11).

4. Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen für die Zeit ab dem 01. November 2005 nach dem (weiterhin gültigen) Arbeitsvertrag vom 01. Januar 1991 und dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit. Trotz der von der Klägerin schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit wurde im hier streitigen Zeitraum ab dem 01. November 2005 (ebenso wie in der Zeit ab dem 13. April 1993) wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Der Arbeitsvertrag vom 01. Januar 1991, der - mangels schriftlicher Änderung (vgl. § 12 des Arbeitsvertrags) - weiterhin die rechtliche Grundlage der Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 1) bildet, erlaubt aufgrund seines Inhalts eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Nicht nur ab Beginn der Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) am 01. Januar 1991, sondern auch ab dem Zeitpunkt der Eheschließung (13. April 1993) erhielt bzw. erhält die Klägerin von der Beigeladenen zu 1), an der sie nach wie vor nicht kapitalbeteiligt ist, ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, das der Klägerin auf ihr privates Girokonto überwiesen wird. Auf dieses monatliche Entgelt hat die Klägerin gemäß § 4 des Arbeitsvertrags auch einen Anspruch. Dass die Beigeladene zu 1) zwischenzeitlich der Klägerin ein monatliches Entgelt von zuletzt EUR 2.400,00 - wie im Feststellungsbogen am 30. Juli 2005 angegeben - gewährt, ohne den Arbeitsvertrag diesbezüglich schriftlich geändert zu haben, ändert nichts daran, dass die Klägerin weiterhin auf der Grundlage des Arbeitsvertrags vom 01. Januar 1991 bei der Beigeladenen zu 1) tätig ist. Dieser Arbeitsvertrag begründet für die Klägerin einen Anspruch auf Vergütung von Überstunden und Mehrarbeit, wenn diese von der Geschäftsleitung oder deren Beauftragten zuvor ausdrücklich angeordnet worden sind (§ 5 des Arbeitsvertrags), einen Anspruch auf Zuschläge fürs Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit (§ 4 des Arbeitsvertrags) und einen Anspruch auf 30 Urlaubstage pro Jahr (§ 6 des Arbeitsvertrags). Ferner hat die Beigeladene zu 1) gemäß § 2 des Arbeitsvertrags das Recht, der Klägerin jederzeit eine andere zumutbare Tätigkeit im Betrieb zuzuweisen, die ihrer Vorbildung und ihren Fähigkeiten entspricht. Zusätzlich ist die Klägerin gemäß § 9 Ziff. 5 des Arbeitsvertrags verpflichtet, die ihr zur Verfügung gestellte Arbeitskleidung zu tragen. Zudem erhält die Klägerin nach ihren eigenen Angaben im Feststellungsbogen vom 30. Juli 2005 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen.

Die Zahlung eines regelmäßigen monatlichen Bruttoentgelts, das keine Gewinn- bzw. Umsatzbeteiligung enthält, die Vergütung von Überstunden und Mehrarbeit, sowie der Anspruch auf Zuschläge fürs Sonntags-, Feiertags- und Nachtarbeit (vgl. § 4 des Arbeitsvertrags) sprechen gegen eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin in der hier streitigen Zeit ab dem 01. November 2005. Es handelt sich vielmehr um klassische Entgeltkomponenten für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Das regelmäßige monatliche Bruttoentgelt entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Zwar hat die Klägerin im Feststellungsbogen vom 30. Juli 2005 angegeben, das ihr gezahlte Entgelt entspreche nicht dem tariflichen bzw. ortsüblichen Lohn/Gehalt, weil es zu wenig Gehalt für ihre geleistete Arbeit sei. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass das an die Klägerin gezahlte Entgelt nicht über solches für freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten aufgrund einer familienhaften Mitarbeit hinausging. Das Arbeitsentgelt wurde der Klägerin auf ihr privates Konto überwiesen, für das sie verfügungsberechtigt war. Damit wurde durch die Zahlung des Arbeitsentgelts deutlich gemacht, dass ein (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis von Anfang an gewollt war und zwar auch noch nach der Eheschließung.

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen hinsichtlich des Arbeitsvertrags vom 01. Januar 1991 rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 des Bürgerlichen Gesetzbuchs [BGB]) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss des Arbeitsvertrags andere als sozialversicherungsrechtliche Gründe maßgebend waren. Dies erfordert es aber nicht, sie bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition der Klägerin, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 RdNr. 20). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.). Schon aus diesem Grund vermag auch die Behauptung, der Arbeitsvertrag vom 01. Januar 1991 sei nicht gelebt worden, nicht durchzugreifen. Des Weiteren ist im vorliegenden Fall eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Vertrags durch schlüssiges Verhalten auch nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarungen erschöpfend aus dem Arbeitsvertrag vom 01. Januar 1991 ergeben und jedenfalls Vertragsänderungen nach § 12 des Arbeitsvertrags der Schriftform bedürfen, eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarungen also unwirksam ist.

Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe bei der Beigeladenen zu 1) verbucht wurde, wurden von Anfang an Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt. Insoweit wurden die Einnahmen auch als solche aus nichtselbstständiger Arbeit von der Klägerin durchgehend versteuert. Die Verbuchung der Vergütung an Ehegatten als Betriebsausgaben und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein (weiteres) Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Zu Beginn der Beschäftigung als Restaurantleiterin, aber auch ab dem Zeitpunkt der Eheschließung hat offenbar kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht und damit des Versicherungsschutzes, insbesondere auch bei der Krankenversicherung, zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger oder der Einzugsstelle prüfen zu lassen.

Die Klägerin war auch weder an der E. & H. F. Hotelbetriebsgesellschaft OHG beteiligt, noch ist sie an der Beigeladenen zu 1) formal beteiligt. Der Umstand, dass die Gebrüder E. und H. F. bei der Gründung der Beigeladenen zu 1) am 25. August 2003 weiterhin auf eine Kapital- bzw. Gesellschaftsbeteiligung der Klägerin verzichteten, ist ein weiteres Indiz dafür, dass diese Inhaber den Betrieb auch weiterhin wirtschaftlich nicht aus der Hand geben wollten. Anderenfalls hätte es ihnen freigestanden, der Klägerin eine wesentliche Beteiligung an der Beigeladenen zu 1) einzuräumen. Dass bei der Unternehmensumwandlung ausschließlich steuer- und haftungsrechtliche Fragen im Mittelpunkt standen, bestätigt gerade, dass die Klägerin keinem wirtschaftlichen Risiko aus der Tätigkeit der Gesellschaft ausgesetzt werden sollte. Wie bereits dargelegt, unterliegt es nicht der Disposition der Beteiligten, die Wirkungen wirksamer Verträge nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu nochmals BSG SozR 4-2400 § 7 Nr. 7 RdNr. 20). Dass an die Veränderung der Inhaberverhältnisse "nicht gedacht" worden sei, hält der Senat angesichts des Vorbringens der Klägerin, dass sie

maßgeblich an der Unternehmensführung beteiligt sei, im Übrigen nicht für nachvollziehbar.

Damit ist die Klägerin nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - am Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1) beteiligt. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlusts eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. zuletzt BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - B 12 KR 13/07 R - RdNr. 27). Für die streitige Zeit ergibt sich kein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko der Klägerin, da diese auch nach der Eheschließung weiterhin das arbeitsvertraglich geschuldete (bzw. in der Höhe angepasste) monatliche Bruttoarbeitsentgelt erhält und nicht an der Beigeladenen zu 1) beteiligt ist. Im Übrigen sind persönlich haftende Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) allein der Ehemann der Klägerin sowie die Komplementär-GmbH. Nachdem die Klägerin nicht an der Komplementär-GmbH beteiligt ist, trifft sie mithin auch keine Haftung.

Wenn in finanzieller Hinsicht eine formale Beteiligung an der Beigeladenen zu 1) hier nach wie vor fehlt, setzt die Annahme eines Unternehmerrisikos jedenfalls voraus, dass eine für eine abhängige Beschäftigung unübliche Vereinbarung oder tatsächliche Handhabung der Gestaltung und Zahlung der Vergütung besteht, die den Schluss zulässt, dass möglicherweise bei entsprechend schlechter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens die Vergütungsforderung in der bisherigen Höhe nicht durchgesetzt werden kann. Dafür ergeben sich keine Anhaltspunkte. Die Klägerin hat vielmehr im Feststellungsbogen angegeben, regelmäßig monatliches Arbeitsentgelt zu erhalten. Etwas Anderes hat sie nicht geltend gemacht.

Ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko ergibt sich auch nicht dadurch für die Klägerin, dass sie nach ihren eigenen Angaben seit dem Zeitpunkt der Eheschließung (13. April 1993) mit der Unternehmensführung (mit-)betraut war und für die Personaleinstellung, die Aufstellung der Dienstpläne, den Einkauf und für die Restaurantleitung zuständig war. Dass der längerfristige Erfolg der Beigeladenen zu 1) auch von den Fähigkeiten der Klägerin und ihrem Engagement abhängt, unterscheidet ihre Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge sich für die Prosperität des Unternehmens einsetzen. Zwar hat die Klägerin anlässlich ihres Antrags bei der Beklagten angegeben, sie vertrete die "Firma" nach Außen hin auch alleine. Dies steht jedoch im absoluten Widerspruch zum Arbeitsvertrag vom 01. Januar 1991 und zum Gesellschaftsvertrag der Beigeladenen zu 1) vom 25. August 2003. Nach § 4 des Gesellschaftsvertrags sind nur der Komplementär H. F. und die Komplementär-GmbH zur alleinigen Geschäftsführung und Vertretung der Kommanditgesellschaft berechtigt und verpflichtet. Nachdem die Klägerin an der Komplementär-GmbH nicht beteiligt ist und daher nicht ersichtlich ist, dass sie für diese rechtlich handeln darf, liegen keine Anhaltspunkte dafür vor, dass die Klägerin in rechtlich zulässiger Weise die Beigeladene zu 1) nach Außen vertreten darf. Eine Rechtsgrundlage, die die von der Klägerin behauptete weitgehende eigene Dispositionsfreiheit rechtfertigen würde, ist damit nicht erkennbar. Die Beigeladene zu 1), d.h. deren Gesellschafter, zu denen die Klägerin nicht gehört, hätte es in der Hand, hindernd in die Freiheiten der Klägerin einzugreifen und diese damit im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn die Beigeladene zu 1) bzw. deren Gesellschafter aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten der Klägerin dies weitgehend unterlassen, unterscheidet sich die Situation nicht wesentlich von derjenigen eines Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht wegen des familiären Vertrauensverhältnisses freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu etwa BSGE SozR 3-2400 § 7 Nr. 4).

Dabei ist zu berücksichtigen, dass gerade bei einem im Betrieb mitarbeitenden Familienangehörigen regelmäßig größere Freiheiten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern bestehen (BSG SozR 3-2400 § 7 Nr. 1; SozR 3-4100 § 168 Nr. 11). Solche größere Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Das Kriterium der Weisungsgebundenheit hilft nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei qualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehört auch die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit als Restaurantleiterin. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Auch der selbstständige Auftragnehmer (beispielsweise Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

Nach dem Gesamtbild ihrer Arbeitsleistung ist die Klägerin in dem Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingegliedert und keinem Unternehmerrisiko ausgesetzt. Eine Abmeldung zur Sozialversicherung ist bislang nicht erfolgt. Das Sozialversicherungsverhältnis ist mithin gewollt und wurde in der Vergangenheit auch gelebt.

5. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.
Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2009-04-27