

L 4 KR 4028/08

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Mannheim (BWB)
Aktenzeichen
S 9 KR 834/07
Datum
03.07.2008
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 4028/08
Datum
26.06.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum
-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 03. Juli 2008 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin erhebt gegen die beklagte Einzugsstelle noch unverjährte Ansprüche auf Rückerstattung von Beiträgen zur Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Die am 1963 geborene Klägerin ist bei der beklagten Krankenkasse mit geringfügigen Unterbrechungen mindestens seit 1980 und unterbrochen seit 1990 versichert. In den Jahren 1981 und 1982 absolvierte sie eine Ausbildung zur Apothekenhelferin. 1983 heiratete sie den Beigeladenen zu 3). Die Klägerin und der Beigeladene zu 3) vereinbarten Gütertrennung. Nach der Geburt ihres Kindes unterbrach die Klägerin ihre Tätigkeit etwa ein Jahr lang und arbeitete dann ab 1984/85 als Angestellte in dem Unternehmen ihrer Schwiegereltern, einer GmbH. 1987/88 gaben die Schwiegereltern das Unternehmen altersbedingt auf. Der Beigeladene zu 3) übernahm die Geschäftsanteile an der GmbH nicht, sondern gründete ein "entsprechendes" Einzelkaufmännisches Unternehmen. Sein Geschäftszweck ist der Transport, das Recycling und die Entsorgung von Bauschutt.

Am 30. Dezember 1989 schlossen die Klägerin und der Beigeladene zu 3) einen schriftlichen "Arbeitsvertrag (zwischen Ehegatten)". Darin verpflichtete sich die Klägerin, ab dem 01. Januar 1990 im Unternehmen des Beigeladenen zu 3) als Büroangestellte entgeltlich Büroarbeiten aller Art auszuführen. Als regelmäßige Arbeitszeit waren 40 Stunden wöchentlich vereinbart, weiterhin sollte die Klägerin im Rahmen des zulässigen Umfangs Überstunden leisten müssen. Als Vergütung waren anfangs monatlich brutto DM 3.500,00 vereinbart, die auf das eigene Konto der Klägerin überwiesen werden sollten. Dieses Gehalt sollte der Beigeladene zu 3) der Klägerin bei einer Erkrankung oder in ähnlichen Fällen für sechs Wochen fortentrichten. Wie jeder andere Angestellte hatte die Klägerin Anspruch auf zusätzliche soziale Leistungen, die die Firma freiwillig oder aufgrund vereinbarter Verpflichtungen gewährt, sowie auf eine Weihnachtsgatifikation, soweit die Firma diese allgemein gewährt. Als Jahresurlaub waren 30 Arbeitstage vereinbart. Der Vertrag sollte ordentlich mit sechs Wochen zum Ende des Kalendervierteljahres und jederzeit außerordentlich kündbar sein. Ferner wurde vereinbart, dass alle Änderungen des Vertrags zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürften. Am 30. Mai 1991 änderten die Klägerin und ihr Ehemann den Vertrag schriftlich ab und erhöhten das Gehalt der Klägerin ab dem 01. Juli 1991 auf DM 3.750,00 im Monat. Seit dem Vertragsschluss war die Klägerin auch im Unternehmen des Beigeladenen zu 3) tätig. Die Klägerin wurde zum 01. Januar 1990 bei der Beklagten als versicherungspflichtige Beschäftigte angemeldet.

Zum 01. April 2005 gründete die Klägerin eine GmbH, zunächst zusammen mit ihrem Sohn. Nach ihren Angaben ist sie seit Dezember 2008 alleinige Inhaberin dieser GmbH. Diese Gesellschaft ist in derselben Branche wie das Unternehmen des Beigeladenen zu 3) tätig. Aus der Tätigkeit in dem Unternehmen des Beigeladenen zu 3) schied sie zu diesem Zeitpunkt aus und wurde bei der Beklagten zum 31. März 2005 als versicherungspflichtig Beschäftigte abgemeldet.

Am 31. Juli 2006 beantragte die Klägerin bei den Beigeladenen zu 1) und 2) die Rückerstattung ihrer seit dem 01. Januar 1990 gezahlten Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung einschließlich der Arbeitgeberanteile. Die Beigeladene zu 1) leitete diesen Antrag an die Beklagte weiter, die als Einzugsstelle die streitigen Beiträge erhoben hatte. Auch wandte sich die Klägerin am 04. September 2006 direkt an die Beklagte und wiederholte ihren Antrag. Sie trug vor, ihre Aufgabe im Betrieb des Beigeladenen zu 3) sei die Führung der gesamten Finanzbuchhaltung, des Bankverkehrs, der Debitoren- und Kreditorenbuchhaltung sowie des Mahnwesens gewesen. Sie habe eine herausgehobene Position innegehabt und sei die rechte Hand des Betriebsinhabers gewesen. Sie sei zeichnungsberechtigt gewesen und

habe sämtliche Außenstände ohne eine Weisung des Inhabers ausgleichen dürfen. Sie habe selbstständige Entscheidungen getroffen und ein eigenes unternehmerisches Risiko getragen. Sie habe selbstverständlich auch an Sonn- und Feiertagen sowie in den Abendstunden gearbeitet und für diese Mehrarbeit keine Vergütung erwartet oder erhalten. Gegenüber den Mitarbeitern des Unternehmens habe sie Weisungsbefugnisse gehabt. Einen Jahresurlaub habe sie mit Ausnahme der jährlichen 14-tägigen Betriebsunterbrechung nie erhalten. In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen, den ihr die Beklagte übersandte, gab die Klägerin an, sie habe von 1990 bis 2001 für ihre Tätigkeit EUR 862,05 netto monatlich erhalten und vom 01. Januar 2002 bis zum 31. März 2005 monatlich EUR 895,30. Sie habe ihre Tätigkeit aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt, sei jedoch nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert gewesen. Ohne ihre Tätigkeit hätte kein anderer Arbeitnehmer eingestellt werden müssen. Sie sei an Weisungen des Betriebsinhabers nicht gebunden gewesen, sie habe ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten können, sie habe bei der Führung des Betriebs mitgewirkt und die Mitarbeit sei aufgrund familienhafter Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt gewesen. Sie habe einen Urlaubsanspruch auf 30 Arbeitstage, eine Kündigungsfrist von sechs Wochen und einen Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfalle für sechs Wochen gehabt. Das dem tariflichen bzw. dem ortsüblichen Lohn/Gehalt entsprechende Arbeitsentgelt sei regelmäßig gezahlt und auf ein privates Bankkonto, über das sie verfügungsberechtigt sei, überwiesen worden. Weiterhin habe sie Weihnachtsgeld bzw. ein 13. Monatsgehalt erhalten. Von dem Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet und es sei als Betriebsausgabe gebucht worden. Bei der Frage, ob sie dem Unternehmen bzw. dem Unternehmensinhaber Darlehen gewährt oder Sicherheiten für ihn übernommen habe, kreuzte sie "nein" an. Die Beklagte lehnte den Rückerstattungsantrag der Klägerin mit Bescheid vom 27. November 2006 ab. Sie führte aus, die Klägerin sei vom 01. Januar 1990 bis zum 31. März 2005 in der Firma des Beigeladenen zu 3) abhängig beschäftigt gewesen. Sie sei am Unternehmen nicht beteiligt und eine Gütergemeinschaft sei nicht vereinbart gewesen, somit habe sie kein Unternehmerrisiko getragen. Mehrere im Feststellungsbogen gemachten Angaben sprächen eindeutig für ein abhängiges versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis. Das zuletzt, zum 31. März 2005, ihr (der Beklagten) gemeldete Bruttoentgelt habe EUR 2.013,33 betragen.

Die Klägerin legte Widerspruch ein und trug ergänzend vor, sie habe die Stellung einer faktischen Geschäftsführerin innegehabt. Es komme nicht auf Förmlichkeiten an, sondern darauf, wie das Vertragsverhältnis gelebt worden sei. Mit Widerspruchsbescheid vom 07. Februar 2007 wies der bei der Beklagten gebildete Widerspruchsausschuss den Widerspruch zurück. Er führte aus, gegen eine abhängige Beschäftigung spreche bei einer verwandtschaftlichen oder sonstigen familiären Verbindung nicht, dass eine geringere Weisungsgebundenheit vorliege. Der Beigeladene zu 3) habe die Klägerin 1990 als abhängig Beschäftigte angemeldet und regelmäßig den Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die Meldungen ordnungsgemäß durchgeführt worden seien und den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen hätten.

Die Klägerin erhob am 05. März 2007 Klage zum Sozialgericht Mannheim (SG). Sie begehrte dort die Aufhebung des Bescheids der Beklagten vom 27. November 2006 und deren Verurteilung zur Rückerstattung sämtlicher Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung vom 01. Januar 1990 bis zum 31. März 2005. Sie wiederholte ihr Vorbringen aus dem Antrags- und Widerspruchsverfahren und trug ergänzend vor, gegen eine abhängige Beschäftigung spreche auch nicht, dass der Beigeladene zu 3) ihr Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe verbucht habe. Die Klägerin teilte auch mit, sie habe dem Beigeladenen zu 3) am 25. April 1990 ein Kontokorrentdarlehen über DM 40.000,00 gewährt, das mit 6 v.H. im Jahr verzinst werden solle, bislang aber nicht gekündigt worden sei. Sie legte hierzu die Telefax-Kopie eines entsprechenden schriftlichen Darlehensvertrags vom 25. April 1990 zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 3) vor.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Sie wies u.a. darauf hin, dass nach den "Gemeinsamen Grundsätzen für die Verrechnung und Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung" die Einzugsstellen für die Rückerstattung zuständig seien, es jedoch bei der Zuständigkeit der betroffenen Träger insbesondere dann verbleibe, wenn der vermeintliche Erstattungsanspruch ganz oder teilweise verjährt sei.

Das SG lud mit Beschluss vom 28. März 2007 die Bundesagentur für Arbeit, die Deutsche Rentenversicherung Bund und den Ehemann der Klägerin zum Verfahren bei. Am 24. Oktober 2007 erörterte das SG den Sachverhalt mit den Beteiligten und hörte die Klägerin persönlich an. Die Klägerin selbst teilte dort u.a. mit, sie sei die Ansprechpartnerin für die Beschäftigten des Unternehmens gewesen und habe auch über Einstellungen allein oder zusammen mit ihrem Ehemann entscheiden können. Der Beigeladene zu 3) gab an, die Klägerin habe in seinem Unternehmen den gesamten finanziellen Sektor und den ganzen Zahlungsverkehr allein bearbeitet. Er selbst sei auf der Kredit gebenden Bank gar nicht bekannt, weil die Klägerin die Geschäfte geführt habe. Sie habe Kontovollmacht gehabt. Er selbst sei eher für den technischen Ablauf verantwortlich gewesen. In dem Erörterungstermin erhob die Beigeladene zu 1) gegen die Forderung der Klägerin auf Beitragsrückerstattung die Verjährungseinrede. Wegen der weiteren Angaben der Beteiligten wird auf den Inhalt des Protokolls der nichtöffentlichen Sitzung des SG Mannheim vom 24. Oktober 2007 (Bl. 26 bis 31 der SG-Akte) verwiesen. Die Beigeladene zu 1) erklärte sich später bereit, den geltend gemachten Erstattungsanspruch gegen sie zu bescheiden.

Das SG wies die Klage mit Urteil vom 03. Juli 2008 ab. Es führte aus, da ein Teil der möglicherweise erstattungsfähigen Sozialversicherungsbeiträge der Klägerin noch nicht der Verjährung unterliege, sei die Klage gegen die Beklagte zulässig, jedoch nicht begründet. Die Klägerin habe kein unternehmerisches Risiko getragen, weil sie an dem Unternehmen ihres Ehemannes nicht beteiligt gewesen sei und mit ihm Gütertrennung vereinbart habe. Auch sei zu beachten, dass die Ausbildung der Klägerin als Apothekenhelferin keine Qualifikationen für die Branche darlege, in der das Unternehmen ihres Ehemannes tätig sei. Es sei zwar davon auszugehen, dass die Klägerin innerhalb ihres kaufmännischen bzw. büroorganisatorischen Bereichs weitgehend selbstständig und ohne Weisungen habe arbeiten können. Dies reiche jedoch nicht aus, um ihre Tätigkeit als selbstständig zu qualifizieren. Eine unabhängige Wahrnehmung ihres Tätigkeitsbereichs sei nicht nur bei familienangehörigen Mitarbeitern üblich, sondern auch bei familienfremden leitenden Angestellten. Das Kontokorrentdarlehen, das die Klägerin 1990 dem Beigeladenen zu 3) gewährt habe, spiegele lediglich die aus der Ehe folgende Verbundenheit der beiden wider. Das Urteil des SG wurde dem Bevollmächtigten der Klägerin am 21. Juli 2008 zugestellt.

Am 21. August 2008 hat die Klägerin Berufung zum Landessozialgericht eingelegt. Sie hat zunächst erneut begehrt, den Bescheid der Beklagten vom 27. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07. Februar 2007 aufzuheben und die Beklagte zur Rückerstattung der gesamten Beiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung von Januar 1990 bis März 2005 zu verurteilen. Sie hat zunächst die Ansicht vertreten, die Beklagte sei zum Erlass des angegriffenen Bescheids nicht zuständig gewesen, weil die Rückerstattung der gezahlten Beiträge den Beigeladenen zu 1) und 2) obliege. Nachdem der Berichterstatter des Senats den Rechtsstreit am 26. Januar

2009 mit den Beteiligten erörtert hat, hat die Klägerin diese Ansicht nicht mehr aufrechterhalten. Weiterhin hat sich nunmehr auch die Beigeladene zu 2) auf Verjährung berufen. Die Klägerin hat daraufhin ihre Klage auf die Rückerstattung der Beiträge für die Zeit vom 01. Januar 2002 bis 31. März 2005 beschränkt. Sie wiederholt ihre Auffassung, dass unter Würdigung der Gesamtsituation sie als nicht abhängig Beschäftigte und damit als selbstständig Tätige anzusehen sei. Sie habe in ihrem Arbeitsbereich selbstständig entscheiden und handeln können. Auch habe sie dem Beigeladenen zu 3) ein Darlehen zur Verfügung gestellt. Der Schluss des SG, jedes unternehmerische Risiko fehle, sei unzutreffend. Unabhängig von dem schriftlichen Arbeitsvertrag komme es auf den gelebten Inhalt an.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Mannheim vom 03. Juli 2008 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung ihres Bescheids vom 27. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07. Februar 2007 zu verurteilen, ihr die Beiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01. Januar 2002 bis 31. März 2005 zu erstatten.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das Urteil erster Instanz und ihre Entscheidungen. Sie meint, sie habe in dem angegriffenen Bescheid auch festgestellt, dass die Klägerin in ihrer Tätigkeit bei dem Beigeladenen zu 3) vom 01. Januar 1990 bis 31. März 2005 sozialversicherungspflichtig gewesen sei.

Die Beigeladenen zu 1) bis 3) haben keine Anträge gestellt.

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

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte gemäß § 153 Abs. 1 i.V. mit [§ 124 Abs. 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) im Einvernehmen mit den Beteiligten ohne mündliche Verhandlung über die Berufung der Klägerin entscheiden.

Gegenstand des Verfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 27. November 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 07. Februar 2007. Mit diesem Bescheid hat die Beklagte allein über einen Anspruch der Klägerin auf Rückerstattung sämtlicher Beiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung für die Zeit vom 01. Januar 1990 bis 31. März 2005 entschieden. Ob die Klägerin in ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen zu 3) selbstständig oder abhängig beschäftigt war, ist in dem Bescheid lediglich inzident festgestellt worden. Ein ausdrücklicher Feststellungsbescheid ist nicht ergangen.

Die Berufung ist zulässig. Durch die Ablehnung des Rückerstattungsanspruchs durch das erstinstanzliche Urteil ist die Klägerin um mehr als EUR 750,00 beschwert, sodass die Berufung nicht nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGG](#) in der seit dem 01. April 2008 geltenden Fassung zulassungsbedürftig war. Dies gilt auch weiterhin, obwohl die Klägerin ihr Begehren im Erörterungstermin am 26. Januar 2009 auf die Beiträge für die Zeit ab Januar 2002 beschränkt hat.

Die Berufung ist jedoch nicht begründet. Das Urteil des SG ist nicht aufzuheben. Das SG hat die kombinierte Anfechtungs- und Leistungsklage der Klägerin ([§ 54 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 SGG](#)) zu Recht als unbegründet abgewiesen. Der angegriffene Bescheid der Beklagten ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin daher nicht in ihren Rechten. Der geltend gemachte Anspruch auf Rückerstattung von Beiträgen besteht auch in dem zeitlichen Umfang, in dem ihn die Klägerin in der Berufungsinstanz aufrecht erhalten hat, nicht.

1. Der angegriffene Bescheid ist nicht formell rechtswidrig. In dem Umfang, der in der Berufungsinstanz noch geltend gemacht wird, war die Beklagte für die Erteilung des angegriffenen Bescheids und die Entscheidung über die Rückerstattung von Beiträgen zuständig. Grundsätzlich müssen zwar die Sozialleistungsträger selbst über die gegen sie geltend gemachten Rückerstattungsansprüche entscheiden. Jedoch bestimmen [§ 351 Abs. 2 Nr. 3](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) und [§ 211 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI), dass die zuständige Einzugsstelle über die Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge entscheidet, wenn dies der jeweilige Sozialleistungsträger und die Einzugsstelle vereinbart haben, nach [§ 211 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) kommt als zusätzliche Voraussetzung hinzu, dass der Erstattungsanspruch noch nicht verjährt ist und die Beiträge vom Träger der Rentenversicherung noch nicht beanstandet worden sind. Die Klägerin hat ihre Rückforderung auf die noch nicht verjährten möglichen Erstattungsansprüche beschränkt. Die beklagte Einzugsstelle hat auch mit den Beigeladenen zu 1) und 2) eine Verwaltungsvereinbarung darüber getroffen, dass die Beklagte für die Rückerstattung nicht verjährter Beiträge zuständig ist, nämlich die in erster Instanz eingeführten "Gemeinsamen Grundsätze für die Verrechnung und Erstattung zu Unrecht gezahlter Beiträge" (Bl. 37 ff. der SG-Akte). Die Beklagte ist die nach [§ 28i Satz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) zuständige Einzugsstelle, weil sie (auch) im zuletzt noch streitigen Zeitraum von Januar 2002 bis März 2005 die Krankenversicherung durchführte.

2. Der Klägerin steht kein Anspruch auf Erstattung ihrer bzw. ihres Arbeitgebers Beiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung von Januar 2002 bis März 2005 zu.

Ein solcher Rückerstattungsanspruch besteht nach [§ 26 Abs. 2 Halbsatz 1 SGB IV](#) nur dann, wenn die Beiträge zu Unrecht entrichtet worden sind und der Versicherungsträger bis zur Geltendmachung des Erstattungsanspruchs aufgrund dieser Beiträge oder für den Zeitraum, für den sie entrichtet worden sind, noch keine Leistungen erbracht hat oder zu erbringen hat. Pflichtbeiträge zur Arbeitslosen- und Rentenversicherung sind dann zu Unrecht im Sinne dieser Vorschrift gezahlt, wenn für den fraglichen Versicherten keine Versicherungspflicht bestanden hat. Die Klägerin war jedoch versicherungspflichtig beschäftigt.

a) Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (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 ausbezahlt 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](#)). Solche größere Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG [SozR Nr. 22 zu § 165 RVO](#)).

b) Gemessen hieran ist der Entscheidung der ersten Instanz beizupflichten, dass die Klägerin in ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen zu 3) insgesamt und insbesondere auch für den hier noch streitigen Zeitraum seit Januar 2002 abhängig beschäftigt war.

Die rechtlich relevanten Beziehungen für den streitigen Zeitraum bestimmen sich nach dem mangels schriftlicher Änderung (vgl. § 9 Satz 2 des Arbeitsvertrags) auch im streitigen Zeitraum weiterhin gültigen - von der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3) geschlossenen Arbeitsvertrag vom 30. Dezember 1989 sowie dem entsprechend diesem Arbeitsvertrag in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit. Trotz der von der Klägerin schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung ihrer Tätigkeit beim Beigeladenen zu 3) überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Entsprechend dem Arbeitsvertrag wickelten die Klägerin und der Beigeladene zu 3) die Tätigkeit wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis ab. Der Inhalt des Arbeitsvertrags erlaubt aufgrund seines Inhalts auch eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Denn die Klägerin und der Beigeladene zu 3) haben darin für Arbeitsverhältnisse die üblichen Regelungen getroffen, insbesondere zur Gehaltsfortzahlung bei Krankheit, zu Sondergratifikationen, zum Urlaub und zur ordentlichen und außerordentlichen Kündigung. Die Tätigkeit der Klägerin war in dem Vertrag als "Büroangestellte" umschrieben, also eine klassische abhängige Tätigkeit. Die vereinbarte Arbeitszeit von 40 Stunden entspricht dem üblichen Umfang von Arbeitnehmern. Das gleiche gilt für die Regelung, dass im gesetzlich zulässigen Umfang Überstunden geleistet werden sollten.

Die Klägerin und der Beigeladene zu 3) haben diesen Arbeitsvertrag auch tatsächlich durchgeführt, also "gelebt". Dies zeigt sich nicht nur daran, dass der Beigeladene zu 3) die Klägerin bereits von Beginn an als abhängig Beschäftigte bei der Beklagten angemeldet, mit dem Ende der Tätigkeit zum 31. März 2005 abgemeldet und die Lohnzahlungen an sie als Betriebsausgaben verbucht hat und die Klägerin selbst auf ihre Einkünfte Lohnsteuer gezahlt hat, sondern auch darin, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 3) die Gehaltserhöhung 1991 durch eine ausdrückliche schriftliche Änderung des Ehegattenarbeitsvertrags vereinbart haben. Es ist nicht ersichtlich, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 3) im Laufe der Jahre wirksam von den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen abgerückt sind. Die Tätigkeit, die die Klägerin in beiden Instanzen beschrieben hat, lässt sich durchaus als die einer kaufmännischen bzw. Büroangestellten auffassen. Im Übrigen war eine Abweichung von den arbeitsvertraglichen Vereinbarungen aufgrund der Schriftformklausel im Vertrag (§ 9 Satz 2) durch mündliche Abreden oder durch eine tatsächliche abweichende Gestaltung des Beschäftigungsverhältnisses auch gar nicht möglich.

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen hinsichtlich des Arbeitsvertrags vom 30. Dezember 1989 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.).

Es liegen auch keine Indizien für eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin in dem Unternehmen des Beigeladenen zu 3) vor. Es fehlte an dem vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriterium des Unternehmerrisikos. 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). Wenn in finanzieller Hinsicht eine formale Beteiligung am Unternehmen 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. Die Klägerin war am Kapital des Unternehmens des Beigeladenen zu 3) nicht beteiligt. Sie trug auch kein unternehmerisches Risiko, weil ihre Gehaltsansprüche nach dem genannten Arbeitsvertrag unabhängig von der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens geschuldet waren. Die Klägerin und der Beigeladene zu 3) hatten keine Gütergemeinschaft vereinbart, sodass die Klägerin auch nicht aus familienrechtlichen Gründen rechtlich an das Schicksal des Unternehmens gebunden war. Die Klägerin hatte zu Beginn der Tätigkeit 1990 kein eigenes Kapital in das Unternehmen eingebracht und keine Vermögensgegenstände zur Verfügung gestellt. Eine solche faktische Beteiligung an dem Unternehmen stellt insbesondere nicht der Kontokorrentkredit über anfangs DM 40.000,00 dar, den die Klägerin im April 1990 dem Beigeladenen zu 3) gewährt haben will, selbst wenn dieser tatsächlich gewährt worden sein sollte - in dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung ihres Beschäftigungsverhältnisses hatte die Klägerin noch jegliche Darlehensgewährung verneint. Zwar ist eine solche Darlehensgewährung durch einen Arbeitnehmer unüblich. Bei Beschäftigten, zu denen gleichzeitig eine familienhafte Beziehung besteht, schließt eine solche Darlehensgewährung eine abhängigen Beschäftigung jedoch nicht aus. Der Darlehensvertrag mag in den familienrechtlichen Verpflichtungen der Klägerin gegenüber ihrem Mann geschuldet gewesen sein, etwa ihrer Verpflichtung, an der Bestreitung des Familienunterhalts mitzuwirken (§ 1360 ff. BGB). Aus dem Darlehensvertrag ergibt sich nicht, dass die Klägerin über ihn unmittelbar an den unternehmerischen Risiken ihres Ehemannes beteiligt werden sollte. Gegen diese Annahme spricht bereits, dass das Darlehen mit einem festen Satz verzinst werden sollte und von beiden Seiten mit sehr kurzer Frist gekündigt werden konnte. Auch ist die Gewährung von Darlehen und damit das Haftungsrisiko unter Eheleuten nicht mit der Gewährung eines Darlehens durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, zu vergleichen (vgl. hierzu Urteil des Senats vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) -, veröffentlicht in juris).

Gegenüber den genannten fixen Entgeltbedingungen vermag die Klägerin für den streitigen Zeitraum nicht ihren Anteil an den unternehmerischen Dispositionen in Form der vollständigen Abwicklung der kaufmännischen und personellen Entscheidungen ins Feld zu führen. Diese Entscheidungen der Klägerin vollzogen sich auch ab Januar 2002 im Rahmen der alleinigen Unternehmerschaft des Beigeladenen zu 3), der auch alleiniger Träger des Insolvenzrisikos gewesen wäre. Wäre die Klägerin nicht die Ehefrau des Beigeladenen zu 3), sondern eine Fremde unter Akzeptanz der gleichen Bedingungen, wäre die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht vorstellbar. Die Klägerin war auch nicht an eigener Betriebsstätte tätig, sondern an derjenigen des Beigeladenen zu 3). Zu berücksichtigen ist zudem, 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](#)). Schließlich hilft das Kriterium der Weisungsgebundenheit nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorlag. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungskompetenz bei hochqualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehört auch die Leitung des Innendienstes, wie sie von der Klägerin ausgeübt wurde. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Auch der selbstständige Auftragnehmer (z.B. Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

3. Die Entscheidung über die Kosten beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1 SGG](#).

Gründe nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#), die Revision zuzulassen, lagen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-07-06