

L 4 KR 5905/06

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 5 KR 2587/05
Datum
11.10.2006
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 5905/06
Datum
27.03.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 11. Oktober 2006 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten noch, ob die Klägerin vom 01. April 2001 bis 31. März 2003 bei dem Einzelunternehmen des M. U., ihres Ehemannes (Beigeladener zu 1), gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Klägerin, geboren am 1965, ist seit 20. Juli 1991 mit dem Beigeladenen zu 1) verheiratet. Dieser gründete am 01. April 1999 die Firma H. U. in T.-N. als Einzelunternehmen. Zuvor war der Beigeladene zu 1) bei der V. W. GmbH (GmbH), wo er auch gelernt hatte, sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Die GmbH hatte auch in F. in der Z.-straße eine Betriebsstätte mit dem Geschäftsbereich Wärmedienst (Wartung, Reparatur, Modernisierung in den Bereichen Heizung und Sanitär sowie alle anderen Geschäfte, die den vorgenannten Zweck unmittelbar oder mittelbar zu dienen bestimmt sind). Mit Kaufvertrag vom 19. Februar 2001 erwarb der Beigeladene zu 1) als Inhaber der Firma H. U. diese Betriebsstätte (Sachanlagevermögen, Vorräte, teulfertige Arbeiten, Wartungsverträge und sonstige Verträge) ab 01. April 2001 zu einem Preis von DM 143.546,46. Der Beigeladene zu 1) übernahm auch die in der genannten Betriebsstätte tätigen Arbeitskräfte, darunter die Sachbearbeiterin Wärmedienst A. M., die Schwester der Klägerin, die zu einem monatlichen Gehalt von DM 4.516,00 bei der GmbH beschäftigt war. Zwischen der Firma H. U. und Frau M. wurde dann der Anstellungsvertrag vom 09. September 2003 über eine Tätigkeit als kaufmännische Angestellte mit einem Bruttolohn von monatlich EUR 2.049,10 vereinbart. Nach der Angabe der Klägerin nahm der Beigeladene zu 1) zur Finanzierung des Kaufpreises für die Betriebsstätte der GmbH im April 2001 bei der Sparkasse H. Darlehen in Höhe von DM 21.000,00 auf. Die Klägerin erklärte gegenüber der Sparkasse am 03. Mai 2001 zur Sicherung der Forderung der Sparkasse eine selbstschuldnerische Bürgschaft bis zum Betrag von DM 20.000,00. Nach dem 01. April 2001 wurde der Betriebssitz der Firma H. U. nach F. verlegt. Nach Angaben der Klägerin hatte der Betrieb des Beigeladenen zu 1) bis zum 31. März 2000 zweieinhalb Mitarbeiter, ab 01. April 2001 waren es einschließlich der von der GmbH übernommenen Arbeitsverhältnisse zehn Mitarbeiter.

Die Klägerin war vom 09. September 1985 bis 15. August 1987 bei verschiedenen Arbeitgebern beschäftigt und bei der Beklagten versichert. Am 01. August 1991 nahm sie eine Beschäftigung als Erzieherin bei der Gemeinde K. auf. Diese Beschäftigung übte sie bis zum 02. Februar 1995 aus. Am 03. Februar 1995 begann (Geburt des ersten Kindes am 1995) die Schutzfrist des Mutterschutzgesetzes. Im Anschluss befand sich die Klägerin (Geburt des zweiten Kindes am 1996) im Erziehungsurlaub. Mit dem Ende des Erziehungsurlaubs am 29. November 1999 wurde die Klägerin bei der Beklagten aus dem Beschäftigungsverhältnis als Erzieherin abgemeldet. Während des Erziehungsurlaubs war die Klägerin vom 01. April bis 29. November 1999 vom Betrieb ihres Ehegatten als geringfügig Beschäftigte angemeldet gewesen. Zum 30. November 1999 meldete der Beigeladene zu 1) die Klägerin als sozialversicherungspflichtige Beschäftigte bei der Beklagten als Einzugsstelle an. Nach dem von der Beigeladenen zu 2) vorgelegten Versicherungsverlauf vom 12. November 2008 wurden für die Zeit vom 30. November bis 31. Dezember 1999 beitragspflichtiges Entgelt von DM 1.550,00 gemeldet, für 2000 von DM 18.390,00, für 2001 von DM 18.936,00, für 2002 von EUR 9.950,00 sowie vom 01. Januar bis 31. März 2003 von EUR 2.228,00. Nach der Abrechnung der Brutto-Netto-Bezüge für März 2003 bezog die Klägerin für ihre Tätigkeit beim Beigeladenen zu 1) im März brutto EUR 702,94 zuzüglich EUR 64,00 für Zukunftssicherung (Direktversicherung) und EUR 39,88 als Anteil für vermögenswirksame Leistungen. Vom Bruttoentgelt wurden für Direktversicherung EUR 64,00 und für Vermögensbildung EUR 39,88 abgezogen neben den Abzügen für Gesamtsozialversicherungsbeiträge. Am 23. Januar 2003 kündigte die Klägerin die Mitgliedschaft bei der Beklagten. Sie wählte als Krankenkasse nunmehr die Gmünder Ersatzkasse (GEK). Dort wurde die Klägerin am 30. April 2003 ab 01. April 2003 ebenfalls als sozialversicherungspflichtig Beschäftigte vom Beigeladenen zu 1) angemeldet, wobei ihr Bruttogehalt nach der Abrechnung der Brutto-

Netto-Bezüge im März und April 2003 EUR 806,82 und nach der entsprechenden Abrechnung im Dezember 2003 EUR 823,10 betrug, es wurden ebenfalls ein vermögenswirksamer Anteil von EUR 40,00 sowie ein Beitrag für Zukunftssicherung (betriebliche Altersvorsorge) von EUR 64,00 gewährt.

Die Beklagte hatte zunächst im November 1999 die Versicherungspflicht (Beschäftigung bei Angehörigen) geprüft. Der Beigeladene zu 1) hatte auf Anfrage der Beklagten dazu am 05. November 1999 angegeben, die Tätigkeit der Klägerin beziehe sich auf Büroarbeiten, Telefon und Schreibearbeiten. Die Höhe des monatlichen Arbeitsentgelts betrage brutto DM 1.500,00, wobei eine feste wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden vereinbart sei. Das Arbeitsentgelt werde als Betriebsausgabe verbucht und es werde Lohnsteuer entrichtet. Die Klägerin sei anstelle einer fremden Arbeitskraft beschäftigt. Mit Bescheid vom 11. November 1999 stellte die Beklagte fest, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vorliege, da die Klägerin wie ein Arbeitnehmer in den Betrieb eingegliedert, damit dem Weisungsrecht des Betriebsinhabers unterworfen sei und eine angemessene Arbeitsvergütung erhalte. Sie sei anstelle einer fremden Arbeitskraft im Rahmen einer Dauerbeschäftigung eingestellt, wobei das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe verbucht und daraus Lohnsteuer entrichtet werde. Das Arbeitsamt Freiburg stimmte mit Schreiben vom 07. Dezember 1999 diesem Feststellungsbescheid für die gesamte Zeit, für die Versicherungspflicht festgestellt worden sei, zu.

Unter Einreichung des "Feststellungsbogens zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen" vom 12. März 2004, durch den Beigeladenen zu 1) bestätigt, trat die Klägerin unter Vorlage weiterer Unterlagen (vgl. Bl. 76 bis 103 der LSG-Akte) an die GEK heran und beantragte gleichzeitig die Erstattung zu Unrecht bezahlter Beiträge wegen Nichtbestehens von Versicherungspflicht für die Zeit ab November 1999. Sie machte geltend, ihre Tätigkeit habe in der Verwaltung und Buchhaltung 25 Stunden pro Woche nach Belieben bestanden, wobei sie ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt von EUR 719,10 bezogen habe. Sie verneinte, die Tätigkeit aufgrund einer arbeitsvertraglichen Vereinbarung ausgeübt zu haben, dass sie in den Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert gewesen sei, dass ohne ihre Mitarbeit eine andere Arbeitskraft hätte eingestellt werden müssen und dass sie an Weisungen des Betriebsinhabers gebunden gewesen sei und solche Weisungen auch tatsächlich nicht ausgeübt worden seien. Sie habe die Tätigkeit frei bestimmen sowie gestalten können und habe bei der Führung des Betriebs mitgewirkt. Verneint wurden ein Urlaubsanspruch, eine Kündigungsfrist sowie ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit. Das Arbeitsentgelt entspreche nicht dem tariflichen bzw. dem ortsüblichen Lohn/Gehalt, denn aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens habe nicht mehr bezahlt werden können. Das Arbeitsentgelt werde regelmäßig (monatlich, wöchentlich) gezahlt und auf ein privates Bankkonto überwiesen, für das sie verfügungsberechtigt sei. Über dieses Konto bestehe ein gemeinsames Verfügungsrecht. Sonstige Bezüge (z.B. Weihnachts- Urlaubsgeld, Sachbezüge, Gewinnausschüttung) seien nicht gewährt worden. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden. Das Arbeitsentgelt sei als Betriebsausgabe verbucht worden. Der Betrieb werde in der Rechtsform einer Personengesellschaft geführt. Es wurden von der Klägerin übernommene Bürgschaften in Höhe von DM 41.000,00 angegeben. Mit Bescheid vom 22. März 2004 teilte die GEK daraufhin der Klägerin mit, aufgrund ihrer Angaben bestehe kein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis mit der Folge, dass ab 01. April 2003 (Beginn der Mitgliedschaft) eine freiwillige Versicherung durchgeführt werde. Die Berechnung der freiwilligen Beiträge erfolgte nach der Mindestbemessungsgrundlage. Mit Bescheiden vom 30. Juli 2004 erstattete die GEK der Klägerin sowie dem Beigeladenen zu 1) jeweils den Arbeitgeber- bzw. Arbeitnehmeranteil der geleisteten Gesamtsozialversicherungsbeiträge für die Zeit vom 01. April 2003 bis 31. März 2004 in Höhe von jeweils EUR 2.006,04, wobei bei der Klägerin die freiwilligen Beiträge zur Kranken- und Pflegeversicherung für die genannte Zeit in Abzug gebracht wurden.

Mit Schreiben vom 08. Juli 2004 beantragte die Klägerin unter Bezugnahme auf den Feststellungsbogen vom 12. März 2004 und den Bescheid der GEK vom 22. März 2004 auch gegenüber der Beklagten die Freistellung von Sozialversicherungspflicht für die Zeit vom 30. November 1999 bis 31. März 2003 und die Rückerstattung zuviel gezahlter Beiträge. Dazu teilte die Beklagte der Klägerin mit Schreiben vom 09. Juli 2004 mit, dass nach den vorliegenden Unterlagen am 11. November 1999 die Versicherungspflicht des Beschäftigungsverhältnisses bei der Firma H. U. geprüft und bejaht worden sei. Der Bescheid vom 11. November 1999 habe noch immer Gültigkeit. Dazu erwiderte die Klägerin mit Schreiben vom 19. Juli 2004, dass zwar 1999 in den Anfängen der Firma das Versicherungsverhältnis geprüft worden sei und zum damaligen Zeitpunkt Versicherungspflicht bestanden habe. In den letzten fünf Jahren habe sich die Größe der Firma jedoch verdreifacht, indem ihr Ehemann am 01. April 2001 von der GmbH die Sparte Wärmetechnik übernommen habe. Damit habe sich ihr Aufgabengebiet und ihre Verantwortung auch in finanziellen Dingen maßgeblich geändert. Sie habe für Kredite gebürgt. Frau M. sei eingestellt worden, um ihre bisherigen Tätigkeiten zu übernehmen. Dass sie solche Veränderungen habe melden müssen bzw. dass es für sie als Ehefrau die Möglichkeit der Selbstständigkeit gegeben habe, habe sie erst im März 2004 durch einen Unternehmensberater erfahren und den Antrag auf Befreiung von der Versicherungspflicht bei der GEK gestellt, die dies auch rückwirkend genehmigt habe. Mit Bescheid vom 28. Juli 2004 teilte die Beklagte der Klägerin mit, sie (die Klägerin) beantrage die rückwirkende Zuordnung als Selbstständige spätestens ab 01. April 2001. Jedoch gehöre sie für die ganze Zeit der Mitgliedschaft bei ihr zum Personenkreis der Arbeitnehmer. Die Entscheidung der GEK auf Selbstständigkeit sei für sie (die Beklagte) nicht relevant, auch nicht die Vergrößerung des Aufgabengebiets und der Verantwortung. Daraus ergebe sich keine Unternehmereigenschaft. Da ihr (der Klägerin) die Firma nicht gehöre, könne sie nicht selbstständig gewesen sein. Der Bescheid aus dem Jahr 1999 sei bindend. Der jetzige Antrag sei als Antrag auf Überprüfung des Bescheids zu werten mit dem Ergebnis,, dass keine neuen anderslautenden Gesichtspunkte aufgetreten seien.

Mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 09. Dezember 2004 beehrte die Klägerin erneut die Feststellung der Versicherungsfreiheit vom 01. April 2001 bis 31. März 2003. Sie machte geltend, ab 01. April 2001 mit der Übernahme der Sparte Wärmetechnik der GmbH sei zwischen ihnen (den Eheleuten) nunmehr die gemeinsame Leitung der Firma sowie die gemeinsame Übernahme des Unternehmensrisikos vereinbart gewesen, was sich auch in der Übernahme einer Bürgschaft, um die Vergrößerung zu ermöglichen, zeige. Sie (die Klägerin) sei nicht mehr als Büroangestellte in der Firma ihres Ehemanns tätig gewesen, vielmehr habe sie in gleichberechtigter Stellung mit dem Beigeladenen zu 1) die geschäftsführenden Tätigkeiten verrichtet. Für ihre bisherige Tätigkeit sei eine neue Mitarbeiterin eingestellt worden. Der Beigeladene zu 1) habe kein Weisungsrecht ihr gegenüber gehabt. Sie habe den Ort, die Zeit sowie die Dauer ihrer Tätigkeiten für die Firma frei wählen können und unterliege insoweit auch keinen Vorgaben aufgrund betrieblicher Eingliederung. Nach der Vergrößerung der Firma sei sie nicht mehr in eine vorgegebene Organisation integriert. Sie sei vielmehr in eine selbst gegebene Ordnung eingefügt. Für die Tätigkeit, welche sie übernommen habe, wäre auch kein Arbeitnehmer eingestellt worden, denn es habe sich um eine firmenleitende Tätigkeit gehandelt, welche sie aufgrund der mittlerweile gleichberechtigten Firmenführung übernommen habe. Es habe sich auch ihre Stellung gegenüber den anderen Mitarbeitern insoweit verändert, als sie die Stellung einer geschäftsführenden Mitarbeiterin eingenommen habe. An den betrieblichen Entscheidungen sei sie gleichberechtigt mitbeteiligt gewesen, da sie aufgrund der übernommenen Bürgschaft auch am finanziellen Risiko beteiligt gewesen sei. Intern sei zwischen ihnen (den Eheleuten)

eine Beteiligung von ihr an dem Unternehmenserfolg vereinbart gewesen. Auch habe ihr Entgelt weit unter dem örtlichen oder tariflichen Entgelt für geschäftsführende Tätigkeiten in Betrieben ähnlicher Größe gelegen. Der monatlich überwiesene Bruttobetrag von EUR 719,10 sei bei Berücksichtigung der nur zeitlich begrenzten Tätigkeit trotz gewisser Zugeständnisse aufgrund der familiären Beziehung deutlich zu niedrig gewesen, um eine angemessene Entlohnung für eine geschäftsführende oder verwaltende Tätigkeit darzustellen. Hintergrund der Bemessung dieses Betrags sei die angespannte finanzielle Situation seit Übernahme der GmbH-Sparte im Jahr 2001 gewesen. Im Hinblick auf diese finanzielle Regelung werde zusätzlich deutlich, dass sie als Miteigentümerin am Erfolg oder Misserfolg der Firma beteiligt gewesen sei. Ein Ausgleich der heute zu geringen Vergütung habe bei entsprechendem Erfolg der Firma erfolgen sollen. Auch werde die Vergütung nicht auf ein Konto überwiesen, über welches nur durch sie oder mit ihrem Einverständnis verfügt werden könne. Dies gelte für die Zeit vom 01. April 2001 bis 31. März 2003. Mit weiterem Bescheid vom 12. Januar 2005 bestätigte die Beklagte ihre Entscheidung, dass die Klägerin in der Zeit vom 30. November 1999 bis 31. März 2003 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war. Der Widerspruch der Klägerin, mit dem sie im Wesentlichen ihr Vorbringen im Antrag wiederholte, blieb erfolglos. Im Widerspruchsbescheid des bei der Beklagten gebildeten Widerspruchsausschusses vom 25. Mai 2005 wurde ausgeführt, es sei zu Recht festgestellt worden, dass bis zum Ende der Mitgliedschaft am 31. März 2003 ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis im Betrieb des Ehemanns der Klägerin bestanden habe. Der Betrieb stehe im Alleineigentum des Beigeladenen zu 1). Damit sei die Klägerin nicht Mitinhaberin des Betriebs gewesen. Es liege weder eine Mitunternehmereigenschaft vor, noch werde ein Unternehmerrisiko getragen. Eine familienhafte Mithilfe scheidet aus, weil ein Entgelt gezahlt werde, das über den Begriff des Taschengelds hinausgehe. Dabei sei nicht entscheidungserheblich, ob das Entgelt auf ein eigenes Konto oder ein Konto mit gemeinsamem Verfügungsrecht bezahlt werde. Hätte der Beigeladene zu 1) im Übrigen gewollt, dass die Klägerin Mitunternehmerin habe sein sollen, dann hätte er ihr beispielsweise entweder Teile des Betriebs übertragen oder aber eine andere Rechtsform für den Betrieb gewählt und die Klägerin hätte in diesem Fall gleichberechtigte Gesellschafter-Geschäftsführerin werden können. Dies habe der Beigeladene zu 1) jedoch nicht getan. Auch auf die Bürgschaft könne eine Mitunternehmerschaft nicht gestützt werden. Es entspreche der allgemein üblichen Absicherungspraxis der Kreditinstitute, dass bei einer Gewährung eines größeren Darlehens der Ehegatte entweder ebenfalls Darlehensnehmer oder aber zumindest Bürge sei. Es sei auch zu berücksichtigen, dass das Unternehmen des Beigeladenen zu 1) in der Heizungs- und Sanitärbranche tätig sei. Die für die selbstständige Führung eines Handwerksbetriebs erforderliche Meisterprüfung habe die Klägerin nicht abgelegt. Sie sei nach ihren eigenen Angaben Erzieherin. Zwar möge sich die Bürotätigkeit der Klägerin zum 01. April 2001 geändert haben. Aufgrund des operativen Geschäfts und der fehlenden fachlichen Qualifikation der Klägerin sei ihr Aufgabengebiet jedoch eingeschränkt. Der Beigeladene zu 1) habe aufgrund seiner Rechtsmacht (Einzelnhaber) gegenüber der Klägerin ein Weisungsrecht gehabt. Ihre Arbeitsleistung sei fremdbestimmt gewesen.

Dagegen erhob die Klägerin am 27. Juni 2005 Klage beim Sozialgericht Freiburg (SG). Sie beehrte die Aufhebung der Feststellung der Versicherungspflicht für die Zeit vom 01. April 2001 bis 31. März 2003 und die Erstattung der Beiträge. Sie wiederholte ihr bisheriges Vorbringen. Ergänzend trug sie vor, sie sei als eine Art stille Teilhaberin am Risiko und Erfolg des Unternehmens beteiligt gewesen. Entscheidend sei insoweit nicht die Rechtsform des Betriebs, sondern die tatsächlichen Gegebenheiten seien maßgebend, wonach sie neben dem Beigeladenen zu 1) gleichberechtigt entscheidungsbefugt sowie zu einem nicht unwesentlichen Teil am Gewinn und Verlust beteiligt gewesen sei. Dass bisher eine gesellschaftsrechtliche Änderung nicht erfolgt sei, könne für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht von Belang sein. Es könne auch von einem stillen Teilhaber an einem Handwerksunternehmen nicht verlangt werden, dass er selbst eine Meisterprüfung abgelegt habe. Ein Weisungsrecht des Beigeladenen zu 1) habe nicht bestanden, auch keine Kontrolle hinsichtlich des Inhalts ihrer Tätigkeit. Es sei auch zu berücksichtigen, dass sie (die Klägerin) auf das gemeinsame Firmenkonto genauso Zugriff gehabt habe wie der Beigeladene zu 1).

Die Beklagte trat der Klage entgegen.

Das SG lud mit Beschluss vom 22. Februar 2006 Michael U. (Beigeladener zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 2), die Pflegekasse der Beklagten (Beigeladene zu 3) sowie die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 4) zum Verfahren bei. Ferner wurde im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 11. Oktober 2006 A. M. als Zeugin vernommen. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen (Bl. 37/38 der SG-Akte).

Mit Urteil vom 11. Oktober 2006 wies das SG die Klage ab. Das SG führte aus, die Veränderung der Betriebsstruktur der Firma des Beigeladenen zu 1) im Frühjahr 2001 sei nicht so wesentlich, dass damit eine Veränderung des Status der Klägerin im Sinne der Selbstständigkeit eingetreten wäre. Entscheidend sei, dass der Beigeladene zu 1) als alleiniger Firmeninhaber und Handwerksmeister weiterhin der Chef des Betriebs geblieben und beispielsweise bei Personaleinstellungen das Unterschriftenrecht behalten habe. Der Beigeladene zu 1) habe sich weiterhin als Firmeninhaber und Chef der Firma verstanden, auch wenn er verschiedene Befugnisse an seine Ehefrau delegiert habe. Dass die Klägerin eine Bankbürgschaft übernommen habe, bedeute nicht, dass damit der Betrieb auch zu ihrem eigenen Betrieb geworden wäre; vielmehr seien derartige Bürgschaften mitarbeitender Ehefrauen für Handwerksbetriebe im täglichen Bankgeschäft durchaus üblich; aus deren Übernahme könne kein Argument für eine veränderte Stellung einer bisher im Betrieb abhängig beschäftigten und mitarbeitenden Ehefrau gezogen werden. Die Klägerin sei durchaus dienend in den Betrieb eingegliedert und an dessen zeitliche Erfordernisse angepasst gewesen. Dies sei bei Diensten höherer Art durchaus üblich. Das Entgelt der Klägerin sei auch nicht so geringfügig, dass eine abhängige Beschäftigung nicht mehr angenommen werden könne und nur von familienhafter Mitarbeit zu sprechen sei, wobei auch zu berücksichtigen sei, dass sie nicht regelmäßig ganztags arbeiten müssen und ihre Arbeitszeit habe relativ frei einteilen können. Es könne auch nicht entscheidend sein, dass das Entgelt der Klägerin auf ein Konto geflossen sei, über das beide Partner Verfügungsbefugnis besessen hätten. Zur weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe wird auf das den Prozessbevollmächtigten des Klägers gegen Empfangsbekanntnis am 23. Oktober 2006 zugestellte Urteil Bezug genommen.

Dagegen hat die Klägerin am 23. November 2006 mit Fernkopie Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Soweit die Klägerin zunächst auch die Beitragserstattung begehrt hat, hat sie mit Schriftsatz ihrer Prozessbevollmächtigten vom 10. Oktober 2008 insoweit die Berufung zurückgenommen. Die Klägerin macht geltend, sie sei vom 01. April 2001 bis 31. März 2003 nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen. Wenn weder eine hinreichende Weisungsabhängigkeit feststellbar sei noch eine Eingliederung in eine fremde Organisationsstruktur, so fehle die dem Beschäftigungsbegriff zugrundeliegende persönliche Abhängigkeit insgesamt. Dabei seien die subjektiven Motive der an dem streitigen Rechtsverhältnis Beteiligten nicht völlig unbeachtlich. Der mit der Neugestaltung des Betriebs getätigte Wille der Beteiligten sei ein gewichtiges Indiz für ihre Selbstständigkeit. Sie habe ein unternehmerisches Risiko im Betrieb des Beigeladenen zu 1) getragen und sei dementsprechend auch am Unternehmenserfolg beteiligt gewesen. Die von ihr übernommene Bürgschaft habe ihre finanzielle Leistungsfähigkeit vollständig ausgeschöpft. Somit habe sie das Insolvenzrisiko des Betriebs in demselben

Maße wie ihr Ehemann getragen. Dabei spiele die Rechtsform des Unternehmens keine Rolle. Zu Unrecht folgere das SG aus dem beim Beigeladenen zu 1) verbliebenen Unterschriftenrecht und aus dessen Qualifikation als Handwerksmeister, dass dieser sich weiterhin als alleiniger Chef der Firma verstanden habe. Wenn alle Anzeichen für eine selbstständige Tätigkeit sprächen, könne sich das Gegenteil nicht allein daraus ergeben, dass sie (die Klägerin) einen monatlichen bescheidenen Ausgleich für ihre Arbeit im Betrieb erhalten habe. Das SG erkenne die Tragweite der rechtlichen und tatsächlichen Veränderungen, die der Betrieb mit dem 01. April 2001 erfahren habe. Zunächst habe es sich um einen Kleinbetrieb gehandelt, welcher ohne weiteres durch eine Einzelperson geleitet werden können. Mit der Übernahme der Sparte der GmbH sei der Betrieb ein mittelständisches Unternehmen geworden, dessen Leitung nunmehr durch Arbeitsteilung und Delegation geprägt gewesen sei. Indem eine derartige Vergrößerung ohne ihre Mitwirkung nicht möglich gewesen wäre, sei das Recht an der neuen Firma H. U. bei allgemeiner und objektiver Betrachtung auch ihr zugeordnet. Im Innenverhältnis zwischen ihnen (den Eheleuten) habe eine Ehegattinnen-Gesellschaft bestanden. Ein schriftlicher Gesellschaftsvertrag liege zwar nicht vor, jedoch seien sie sich einig gewesen, dass sie (die Klägerin) ab 01. April 2001 am Betriebsergebnis sowie an sämtlichen Haftungsrisiken und stillen Reserven jedenfalls im Innenverhältnis beteiligt gewesen sei und Mitspracherechte gehabt habe. Die Klägerin hat auch verschiedene Unterlagen eingereicht und mit Schriftsätzen ihrer Bevollmächtigten vom 27. März (Bl. 20 bis 23 der LSG-Akte), vom 10. Oktober 2008 (Bl. 107 bis 109 der LSG-Akte) und vom 21. November 2008 (Bl. 131 bis 134 der LSG-Akte) Fragen des Berichterstatters beantwortet.

Die Klägerin beantragt sinngemäß,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 11. Oktober 2006 abzuändern, die Bescheide der Beklagten vom 28. Juli 2004 und 12. Januar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. Mai 2005 aufzuheben und unter teilweiser Rücknahme des Bescheids vom 11. November 1999 festzustellen, dass die Klägerin vom 01. April 2001 bis 31. März 2003 beim Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angegriffene Urteil für zutreffend. Sie hat verschiedene Unterlagen vorgelegt.

Die Beigeladene zu 2) hat keinen Antrag gestellt. Sie hat den Versicherungsverlauf der Klägerin vom 12. November 2008 vorgelegt (Bl. 130 der LSG-Akte). Sie vertritt die Ansicht, dass die Gesamtbetrachtung ergebe, dass die Indizien, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen, eindeutig überwiegen und es sich um ein jahrelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis handle, das nach einem Motivwechsel der Klägerin rückwirkend als selbstständige Tätigkeit dargestellt werden solle.

Die Beigeladenen zu 1) sowie zu 3) und 4) haben sich am Verfahren nicht beteiligt und ebenfalls keinen Antrag gestellt.

Der Berichterstatter des Senats hat eine Auskunft der GEK vom 01. September 2009 eingeholt (Bl. 69/70 der LSG-Akte).

Die Beteiligten haben sich übereinstimmend 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 Verwaltungsakte sowie auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge 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. Sie ist insbesondere statthaft im Sinne des [§ 144 Abs. 1 Satz 2 SGG](#), denn es geht um die Versicherungspflicht der Klägerin in allen Zweigen der Sozialversicherungspflicht vom 01. April 2001 bis 31. März 2003, also über einen längeren Zeitraum als ein Jahr, und zulässig. Die Berufung ist jedoch unbegründet.

Das SG hat die Klage im hier noch streitigen Umfang, wobei die Klägerin, nachdem dazu eine Verwaltungsentscheidung der Beklagten bisher noch nicht vorliegt, ihren Antrag auf Beitragserstattung für die Zeit von April 2001 bis März 2003 nicht mehr aufrechterhalten hat (vgl. Anwaltsschriftsatz vom 10. Oktober 2008), zu Recht abgewiesen, denn die Bescheide der Beklagten vom 28. Juli 2004 und 12. Januar 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 25. Mai 2005 sind rechtmäßig und verletzen die Klägerin nicht in ihren Rechten. Auch für die hier noch streitige Zeit von April 2001 bis März 2003 hat die Beklagte schon im Bescheid vom 11. November 1999 zu Recht die Gesamtsozialversicherungspflicht der Klägerin festgestellt. Mithin hat die Beklagte auch zu Recht für die streitige Zeit die Rücknahme bzw. Aufhebung des Feststellungsbescheids vom 10. November 1999 nach den [§§ 44, 48](#) des Zehnten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB X; diese Bestimmungen sind im Bescheid vom 28. Juli 2004 genannt) abgelehnt. Nach [§ 44 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) gilt: Soweit sich im Einzelfall ergibt, dass bei Erlass eines Verwaltungsaktes das Recht unrichtig angewandt oder von einem Sachverhalt ausgegangen worden ist, der sich als unrichtig erweist, und soweit deshalb Sozialleistungen zu Unrecht erbracht oder Beiträge zu Unrecht erhoben worden sind, ist der Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, mit Wirkung für die Vergangenheit zurückzunehmen. Ferner bestimmt [§ 44 Abs. 2 SGB X](#): Im Übrigen ist ein rechtswidriger nicht begünstigender Verwaltungsakt, auch nachdem er unanfechtbar geworden ist, ganz oder teilweise mit Wirkung für die Zukunft zurückzunehmen. Er kann auch für die Vergangenheit zurückgenommen werden. Dabei kann der Senat dahingestellt sein lassen, ob im Hinblick auf den bestandskräftig gewordenen Bescheid vom 11. November 1999 bei der Feststellung der Gesamtsozialversicherungspflicht [§ 44 Abs. 1 Satz 1 oder Abs. 2 SGB X](#) anwendbar wäre. Jedenfalls erweist sich der Bescheid vom 11. November 1999 auch für die Zeit ab 01. April 2001 nicht als rechtswidrig. Ein anderes Ergebnis ergäbe sich auch dann nicht, wenn verfahrensrechtlicher Maßstab für die Beurteilung des erstmals an die Beklagte mit Schreiben vom 08. Juli 2004, das sich auf die Zeit vom 30. November 1999 bis 31. März 2003 bezog, während es im Schreiben vom 19. Juli 2004 um die Beurteilung "spätestens zum 01.04.2001" ging, herangetragenem Begehrens [§ 48 SGB X](#) ist. Nach [§ 48 Abs. 1 Satz 1 SGB X](#) gilt: Soweit in den tatsächlichen oder rechtlichen Verhältnissen, die beim Erlass eines Verwaltungsakts mit Dauerwirkung (hier Bescheid vom 11. November 1999) vorgelegen haben, eine

wesentliche Änderung eintritt, ist der Verwaltungsakt mit Wirkung für die Zukunft aufzuheben. Der Verwaltungsakt soll mit Wirkung vom Zeitpunkt der Änderung der Verhältnisse aufgehoben werden, soweit die Änderung zugunsten des Betroffenen erfolgt ([§ 48 Abs. 2 Nr. 1 SGB X](#)). Auch insoweit ließe sich nicht feststellen, dass sich bei der Klägerin im Hinblick auf ihre Tätigkeit die tatsächlichen Verhältnisse ab 01. April 2001 oder ab einem späteren, vor dem 31. März 2003 liegenden Zeitpunkt derart geändert hätten, dass eine abhängige Beschäftigung beim Beigeladenen zu 1) nicht mehr vorzulegen hat.

1. Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (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 30. November 1999, aber auch für die streitige Zeit vom 01. April 2001 bis 31. März 2003 nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war die Beklagte, weil diese für die Klägerin als Einzugsstelle vom 30. November 1999 bis 31. März 2003 (Kassenwechsel) die Krankenversicherung durchgeführt hat. Durch den Kassenwechsel dann ab 01. April 2003 endete die Zuständigkeit der Beklagten (weder für einen Erstantrag noch für einen Antrag nach [§ 44 SGB X](#) noch für einen solchen nach [§ 48 SGB X](#)). Denn die Änderung der Mitgliedschaft der Klägerin ab 01. April 2003 führte nur zum Übergang der Zuständigkeit als Einzugsstelle auf die nun die Krankenversicherung durchführende Krankenkasse ab dem Zeitpunkt des Wechsels (vgl. Bundessozialgericht [BSG], Urteil vom 24. Juni 2008 - [B 12 KR 24/07 R](#) -). Da insoweit eine einheitliche Entscheidungskompetenz ab 01. April 2003 für den gesamten Zeitraum ab 30. November 1999 nicht bestanden hatte, war hier die neue Krankenkasse (GEK) nicht beizuladen. Deren Feststellungsbescheid vom 22. März 2004 (einschließlich der Erstattungsbescheide vom 30. Juli 2004), mit dem (rückwirkend) ab 01. April 2003 ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis der Klägerin beim Beigeladenen zu 1) verneint worden war, hatte daher auch keine Bindungswirkung für die Beklagte. Eine Überprüfung des Bescheids vom 22. März 2004 war insoweit hier nicht vorzunehmen.

Da die Beklagte auf den entsprechenden Antrag der Klägerin vom Juli 2004 ein Verwaltungsverfahren einleitete, scheidet das Antragsverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) aus, für das die Beigeladene zu 2) zuständig ist. Ob das Verfahren nach [§ 7a SGB IV](#) im Übrigen auch deswegen ausgeschlossen wäre, weil die Beklagte bereits im Jahre 1999 ein Feststellungsverfahren durchgeführt und den Bescheid vom 11. November 1999 erlassen hatte, war nicht zu entscheiden. Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) 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 damit erst bei Anmeldungen durchzuführen, die ab 30. März 2005 bei den Einzugsstellen erfolgen. Die Anmeldung der Klägerin erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich mit Beginn ihrer Tätigkeit beim Beigeladenen zu 1); gemäß des Versicherungsverlaufs der Beigeladenen zu 2) vom 12. November 2008 war dies der 30. November 1999.

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 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 nicht selbstständige 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).

2. Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend, nicht nur für die Zeit vom 30. November 1999 an (wobei die Klägerin während des Erziehungsurlaubs beim Beigeladenen zu 1) schon vom 01. April bis 29. November 1999 eine geringfügige Beschäftigung ausgeübt hat), für die die Klägerin bis zum 31. März 2001 die festgestellte abhängige Beschäftigung akzeptiert, sondern auch vom 01. April 2001 bis 31. März 2003 die rechtlich relevanten Beziehungen nach dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit, da eine schriftliche vertragliche Vereinbarung (Arbeitsvertrag) zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) als Inhaber des Geschäfts für H. nach deren Angaben nicht besteht.

Trotz der von der Klägerin schlüssig dargelegten Freiheiten ihrer Tätigkeit im Innendienst, die unter dem 05. November 1999 mit "Büroarbeiten, Telefon, Schreivarbeiten", im Feststellungsbogen vom 12. März 2003 mit "Verwaltung, Buchführung" angegeben war und zu der die Zeugin M., die nicht etwa am 01. April 2001 neu vom Beigeladenen zu 1) eingestellt worden war, sondern von der GmbH nach § 613a des Bürgerlichen Gesetzbuchs (BGB) übernommen worden war (vgl. Anl. 5 des Kaufvertrags vom 19. Februar 2001 sowie das Schreiben der GmbH an die Zeugin vom 06. März 2001), ausgesagt hatte, die Klägerin habe seit 01. April 2001 u.a. die ganzen Finanzen gemacht, einschließlich der Prüfung der Zahlungseingänge der Kunden, die Bestellungen von Material für die Monteure vorgenommen, Aufträge von Kunden entgegengenommen und Urlaubsanträge erledigt, überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Insbesondere vermag der Senat nicht festzustellen, dass aufgrund tatsächlicher Änderungen ab 01. April 2001 eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin vorgelegen hat, mag sich auch das Geschäft des Beigeladenen zu 1) aufgrund der Übernahme der Betriebsstätte der GmbH im Hinblick auf die Zahl der Mitarbeiter und das Geschäftsvolumen vergrößert haben. Zwar hat die Zeugin M., die beim Beigeladenen zu 1) ab 01. April 2001 als kaufmännische Angestellte sozialversicherungspflichtig beschäftigt war (tägliche Arbeitszeit zwischen sechs und zehn Stunden bei einem Bruttolohn von monatlich EUR 2.049,10), angegeben, sie habe ab 01. April 2001 die zuvor von der Klägerin verrichteten Tätigkeiten im Betrieb des Beigeladenen zu 1) übernommen. Daraus lässt sich jedoch nicht herleiten, dass die Klägerin, deren Tätigkeitsumfang mit 20 bzw. 25 Stunden nach wie vor angegeben war, nun nicht mehr abhängig beschäftigt war.

Die Tätigkeit der Klägerin seit 30. November 1999 und auch weiterhin ab 01. April 2001 wurde wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Die Klägerin erhielt seit Beginn ihrer Beschäftigung beim Beigeladenen zu 1) bei einer angegebenen wöchentlichen Arbeitszeit von 20 bzw. 25 Stunden ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, das nach der Angabe des Beigeladenen zu 1) vom 05. November 1999 DM 1.500,00, nach dem Feststellungsbogen vom 12. März 2004 EUR 719,10 sowie nach den Abrechnungen der Brutto-Netto-Bezüge für März und April 2003 EUR 806,94 betragen hat. Entsprechende (gemeldete) Entgeltzahlungen ergeben sich auch aus dem von der Beigeladenen zu 2) vorgelegten Versicherungsverlauf vom 12. November 2008. Nach den genannten Abrechnungen wurden durch den Arbeitgeber (Beigeladener zu 1) bei entsprechendem Gehaltverzicht auch eine Direktversicherung durchgeführt sowie vermögenswirksame Leistungen gezahlt. Dies ergibt sich selbst noch aus der Abrechnung für Dezember 2003. Das regelmäßige monatliche Bruttoentgelt entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Darauf, dass sich für die 20- bis 25-stündige Tätigkeit pro Woche das Bruttoentgelt auch ab 01. April 2001 nicht wesentlich erhöht hat, kommt es nicht an. Auch ist nicht entscheidend, dass die Klägerin ab 01. April 2001 nicht ein solches Entgelt gewährt wurde, das für die in Vollzeit ausgeübte Tätigkeit als kaufmännische Angestellte an die Zeugin M. gezahlt wurde. Zwar hat die Klägerin im Feststellungsbogen vom 12. März 2004 angegeben, das ihr gezahlte Entgelt entspreche nicht dem tariflichen bzw. ortsüblichen Lohn/Gehalt, weil aufgrund der wirtschaftlichen Situation des Unternehmens nicht mehr bezahlt werden könne. 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. Dieses Arbeitsentgelt wurde der Klägerin auf ihr privates Konto überwiesen, für das sie Verfügungsberechtigt war. Darauf, dass die Eheleute ersichtlich bereits vor dem 01. April 2001 über ihre jeweiligen Privatkonten auch eine wechselseitige Verfügungsberechtigung besaßen, kommt es nicht an. Ausweislich der vorgelegten Abrechnungen für März und April 2003 (dies gilt auch für die Abrechnung für Dezember 2003) enthielt der Bruttolohn keine Bestandteile, die auch nur ansatzweise auf eine gegebenenfalls geringfügige Gewinn- und Umsatzbeteiligung schließen lassen. Insoweit waren im Feststellungsbogen vom 12. März 2004 auch sonstige Bezüge, wie beispielsweise eine Gewinnausschüttung, verneint worden. Damit wurde durch die Zahlung des Arbeitsentgelts deutlich gemacht, dass ein (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis von Anfang an gewollt war, und zwar auch noch ab 01. April 2001.

Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe 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, wie die vorgelegten Einkommenssteuerbescheide für die Jahre 1999 bis 2003 belegen. Die Verbuchung der Vergütung an Ehegatten als Betriebsausgaben und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Zu Beginn der Beschäftigung beim Beigeladenen zu 1) und auch ab 01. April 2001 hat offenbar kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht und damit des Versicherungsschutzes, insbesondere auch bei der Krankenversicherung, zu entledigen oder der durch die Beklagte und die Beigeladene zu 4) erfolgten Überprüfung zu widersprechen. Auch die bei der beim Beigeladenen zu 1) am 05. August 2003 durchgeführte Betriebsprüfung ergab keine Beanstandung hinsichtlich der Beitragsabführung. Demgemäß ist mit der Einleitung des vorliegenden Verfahrens, erstmals dokumentiert durch den am 09. Juli 2004 bei der Beklagten eingegangenen Antrag vom 08. Juli 2004, nachdem die Klägerin nach dem Kassenwechsel zunächst am 30. April 2003 rückwirkend bei der neuen Kasse weiterhin als versicherungspflichtig Beschäftigte angemeldet worden war, dann dort jedoch am 12. März 2004 erstmals ein Feststellungsverfahren beantragt wurde, ein "Sinneswandel" eingetreten. Die durchgehend sogar noch über den 01. April 2003 fortgeführte Entgeltform belegt, dass die Klägerin nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten Kriteriums - am Unternehmensrisiko des Unternehmens des Beigeladenen zu 1) beteiligt war. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der rechtlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - Rdnr. 26). Für die streitige Zeit ergibt sich ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko nicht daraus, dass die Klägerin, sei es auch im Rahmen der Finanzierung des Kaufpreises für den Erwerb der Betriebsstätte der GmbH, also der Vergrößerung des Betriebs des Beigeladenen zu 1), am 03. Mai 2001 eine auf den Betrag von DM 20.000,00 lautende Bürgschaft übernommen hatte. Diese Bürgschaftsübernahme für die Darlehensschuld des Ehegatten ist nicht mit der typischen Gewährung beispielsweise eines Darlehens oder einer Bürgschaftsübernahme durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Betriebsinhabers ist, zu vergleichen (vgl. hierzu Senatsurteil vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) -, veröffentlicht in juris). Denn jedenfalls haben Eheleute in der Regel ein gesteigertes beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Hieraus ergibt sich aber nicht, dass die Klägerin ein wesentliches Unternehmerrisiko eingegangen war. Dies zeigt sich auch maßgeblich daran, dass sie unabhängig von dem wirtschaftlichen Erfolg des Beigeladenen zu 1) eine feste monatliche Vergütung für ihre Tätigkeit erhalten hat. Dies wird noch dadurch bestätigt, dass beispielsweise der Einkommenssteuerbescheid der Eheleute für 2000 für die Klägerin Einkünfte aus nichtselbstständiger Arbeit (Bruttoarbeitslohn) von DM 18.390,00 ergibt, während sich danach die (zu versteuernden) Einkünfte aus Gewerbebetrieb des Ehemanns nur auf DM 14.858,00 beliefen.

Die Klägerin war auch nicht formal am Unternehmen des Beigeladenen zu 1) beteiligt. Eine solche formale Beteiligung lässt sich nicht aus der von der Klägerin geltend gemachten "Innengesellschaft" herleiten. Wenn in finanzieller Hinsicht insoweit eine formale Beteiligung 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 konnte. Anhaltspunkte für eine solche Vereinbarung bzw. für eine derartige tatsächliche Handhabung sind für die streitige Zeit nicht ersichtlich.

Gegenüber den genannten fixen Entgeltbedingungen vermag die Klägerin für den streitigen Zeitraum nicht ihren Anteil an den unternehmerischen Dispositionen in Form einer "internen Geschäftsleitung und Verwaltung im Innendienst" ins Feld zu führen. Die Entscheidungen der Klägerin im Innendienst vollzogen sich auch ab April 2001 im Rahmen der alleinigen Unternehmerschaft des Beigeladenen zu 1), der aufgrund seiner Berufsausbildung im Bereich H. die wesentliche Fachkompetenz hatte und auch alleiniger Träger des Insolvenzrisikos gewesen wäre. Wäre die Klägerin nicht die Ehefrau des Beigeladenen zu 1), 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 1), so wie auch die Zeugin M ... Darauf, dass die Zeugin M. ausgesagt hat, bezogen auf das Büro sei die Klägerin ihre "Chefin" gewesen, zumal der Beigeladene zu 1) nur selten im Betrieb gewesen sei, und es für sie ausgesehen habe, als ob "beide gemeinsam Chef im Betrieb waren", kommt es nicht an.

Eine Rechtsgrundlage, die die weitgehende Dispositionsfreiheit der Klägerin in der streitigen Zeit rechtfertigen würde, ist nicht erkennbar. Der Beigeladene zu 1) hätte es in der Hand gehabt, als alleiniger Unternehmer hindernd in die Freiheiten der Klägerin, auch soweit es um die Führung des Innendienstes geht, einzugreifen und diese dann im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn dies aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten der Klägerin, die selbst keine besondere Ausbildung im Bereich H. durchlaufen hatte, sich ihren eigenen Angaben zufolge die Kenntnisse für die Bürotätigkeiten durch "eigene Studien" erworben hat, auf den Innendienst bezogen weitgehend unterlassen hat, unterscheidet sich die Situation nicht wesentlich von derjenigen eines Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht insoweit in einem Teilbereich freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)). Dass wegen des familiären Vertrauensverhältnisses auf die schriftliche Regelung typischer arbeitsrechtlicher Fragen, wie Urlaub, Kündigung und Anspruch auf Entgeltfortzahlung bei Arbeitsunfähigkeit, auch für die Zeit ab 01. April 2001, über die hier zu entscheiden ist, verzichtet wurde, vermag bei alledem nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen. Gerade bei dem in einem Betrieb mitarbeitenden Ehegatten bestehen regelmäßig größere Freiheiten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-2400 § 168 Nr. 11](#)). Solche größeren Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO).

Das Kriterium der Weisungsgebundenheit hilft hier 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 Auftragsgebers unterliegen. Auch selbstständige Auftragnehmer (z.B. Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu einem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) das Unternehmen in der streitigen Zeit - und auch darüber hinaus - als Einzelfirma betrieben hat, ist ein weiteres Indiz dafür, dass er den Betrieb nicht aus der Hand geben wollte. Aus rechtlicher Sicht ist er Alleininhaber der Firma gewesen und haftete auch allein für Verbindlichkeiten seiner Firma.

Ein wesentlicher Anhaltspunkt, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 1) selbst davon ausgegangen waren, dass es sich bei der Tätigkeit der Klägerin auch über den 31. März 2001 hinaus um ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis gehandelt hat, ist die Tatsache, dass die Klägerin zum 30. November 1999 bei der Beklagten als Beschäftigte zur Sozialversicherung angemeldet wurde, dies im Übrigen auch erneut am 30. April 2003 bei der GEK. Eine Abmeldung zum 31. März 2003 ist nicht erfolgt. Das Sozialversicherungsverhältnis war mithin gewollt und wurde in der Vergangenheit auch gelebt. Die Anmeldung der Klägerin zur Sozialversicherung und die über den 31. März 2001 fortlaufende Beitragsentrichtung zeigt, dass der Beigeladene zu 1) seine rechtliche Stellung innerhalb des Betriebs anders beurteilt hat als die der Klägerin und insoweit keine Gleichrangigkeit bzw. Gleichberechtigung gesehen hat.

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

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2009-07-27