L 16 KR 164/09

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
16
1. Instanz
SG Dortmund (NRW)
Aktenzeichen
S 13 KR 159/06
Datum
23.06.2009
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 16 KR 164/09
Datum
21.01.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Dortmund vom 23.06.2009 wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über das Bestehen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses seit dem 01.04.1995.

Die am 00.00.1964 geborene und bei der Beklagten pflichtversicherte Klägerin hat eine Ausbildung zur Industriekauffrau abgeschlossen. Sie war nach eigenen Angaben zunächst bis 1995 bei einer örtlichen Tageszeitung, einem Kleinbetrieb, im kaufmännischen Bereich tätig, wobei sie sich im Wesentlichen mit der Kundenakquise, aber auch mit Öffentlichkeitsarbeit, mit Kundenberatung und mit dem Verkauf von Druckereiarbeitern der zugeordneten Druckerei beschäftigt hat. Seit dem 31.07.1987 - eine notarielle Vereinbarung des ehelichen Güterstandes der Gütergemeinschaft liegt nicht vor - ist sie mit dem Beigeladenen zu 1) verheiratet, der seit dem 01.04.1995 einen Heizungs-, Sanitär- und Klempnerei-Betrieb als Einzelfirma in X betreibt. In dem Betrieb des Beigeladenen zu 1) ist die Klägerin seit dessen Gründung als kaufmännische Angestellte auf der Grundlage eines Arbeitsvertrages vom 28.03.1995, ergänzt am 15.11.1995, tätig. Der ursprüngliche Arbeitsvertrag enthält folgende Regelungen: § 1 Q H tritt ab 01.04.1995 als Angestellte in den Installationsbetrieb C H ein. Sie wird sämtliche anfallenden Büroarbeiten erledigen, insbesondere Buchhaltung nebst Vorbereitungen, Schrift- und Zahlungsverkehr, Abrechnungen und Korrespondenz. § 2 Die Tätigkeit der Frau H beträgt wöchentlich 38,5 Stunden.

§ 3 Für ihre Tätigkeit erhält Frau H ab 01.04.1995 ein Monatsgehalt in Höhe von 3.000,- DM, welches am Monatsende ausgezahlt wird. Vorerst werden keine zusätzlichen Vergütungen für Urlaubs- und Weihnachtsgeld gezahlt. § 4 Frau H steht ein Erholungsurlaub von 30 Werktagen für das Kalenderjahr zu. Der Urlaub ist mit anderen Mitarbeitern und dem Geschäftsinhaber abzustimmen. Betriebliche Notwendigkeiten sind hierbei zu berücksichtigen. § 5 Dritten gegenüber, auch Angehörigen, hat Frau H strengstes Stillschweigen über alle Angelegenheiten des Betriebes zu bewahren. § 6 Dieser Vertrag läuft bis zum 31.12.1996. Er verlängert sich jeweils um ein Jahr, wenn er nicht 6 Wochen vor Jahresschluss gekündigt wird. § 7 Mündliche Abreden und Nebenabreden sind nicht getroffen. Sollten einzelne Bestimmungen dieses Vertrages unwirksam sein, so wird die rechtliche Gültigkeit der übrigen Bestimmungen nicht berührt. Es gilt vielmehr, soweit gesetzlich zulässig, eine der ungültigen Bestimmungen möglichst nahe kommende Fassung als vereinbart.

Die "Ergänzung zum Arbeitsvertrag vom 28.03.1995", die anlässlich der Einstellung einer Bürohilfskraft zwecks Abgrenzung zum Aufgabenbereich der Klägerin am 15.11.1995 abgeschlossen wurde, lautet wie folgt:

1. Da Frau H die kaufmännische Leitung des Betriebes in ihrem Verantwortungsbereich inne hat, ist eine Fixierung an eine feste wöchentliche Arbeitszeit nicht mehr sinngemäß. Frau H verpflichtet sich, alle anfallenden Arbeiten, die in ihr Tätigkeitsfeld fallen, zu erledigen, jedoch ist ihr die zeitliche Einteilung sowie der zeitliche Umfang vollkommen freigestellt. Aus diesem Grund wird § 2 des Arbeitsvertrages mit sofortiger Wirkung aufgehoben. Das Gehalt erhöht sich ab dem 01.01.1996 auf DM 4.000,- brutto.

2. Im November 1995 werden Frau H 50 % des Grundgehaltes als Weihnachtsgeld ausgezahlt. 3. § 6 des Vertrages vom 28.03.1995 wird aufgehoben. Als Kündigungszeiten gelten gesetzliche Bestimmungen.

Am 08.02.2006 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Überprüfung der Sozialversicherungspflicht ihres Beschäftigungsverhältnisses unter Beifügung der o. g. Arbeitsverträge sowie eines Feststellungsbogens, der unter dem Datum des 20.01.2006 die Unterschriften der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) unter der folgenden Erklärung enthält: "Wir versichern, die vorstehenden Fragen wahrheitsgemäß und

den Tatsachen entsprechend beantwortet zu haben. Es ist uns bekannt, dass sie zur versicherungsrechtlichen Beurteilung dienen. Eintretende Änderungen werden der Krankenkasse mitgeteilt."

Ausweislich ihrer Angaben im o. g. Feststellungsbogen ist die Klägerin an fünf Tagen ca. 37 Stunden wöchentlich als kaufmännische Angestellte mit der Erstellung der laufenden Lohn- und Finanzbuchhaltung sowie der Abwicklung sämtlicher kaufmännischer Tätigkeiten befasst und erhält ein regelmäßiges monatliches Entgelt von zuletzt 2.500,00 EUR brutto, das dem tariflichen bzw. ortsüblichen Entgelt entspreche, sowie Weihnachts- und Urlaubsgeld in Höhe von 2.500,- EUR bzw. 1.500,- EUR jährlich, die jeweils auf ein eigenes Girokonto überwiesen werden. Von dem Arbeitsentgelt wird Lohnsteuer entrichtet und es wird als Betriebsausgabe gebucht. Es besteht ein Urlaubsanspruch von dreißig Tagen und ein Entgeltfortzahlungsanspruch im Krankheitsfall von sechs Wochen. Die mitarbeitende Angehörige ist in den Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert und übt diese Tätigkeit tatsächlich aus. Ohne die Mitarbeit des Angehörigen müsste eine andere Arbeitskraft eingestellt werden. Die mitarbeitende Angehörige ist an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden und das Weisungsrecht wird tatsächlich ausgeübt. Die mitarbeitende Angehörige kann ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten, jedoch beschränkt auf den kaufmännischen Bereich. Sie wirkt bei der Führung des Betriebes mit (besondere Fachkenntnisse als gelernte Industriekauffrau). Die Mitarbeit ist nicht - aufgrund familienhafter Rücksichtnahme - durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Dies geht nicht, da fachbezogene Tätigkeiten ausschließlich vom Betriebsinhaber ausgeführt werden. Eine finanzielle Beteiligung der mitarbeitenden Angehörigen an dem Betrieb liegt nicht vor. Die mitarbeitende Angehörige vermietet den in ihrem Eigentum / Teileigentum befindlichen Grundbesitz an den Betriebsinhaber, der ihn zu betrieblichen Zwecken nutzt. Die monatliche Pacht liegt bei 1.330,52 EUR. Sie hat eine Bürgschaft für das Kontokorrentkonto in Höhe von 20.500,- EUR übernommen sowie Sicherheiten in Höhe von 84.363,- EUR (anteilige Grundschuld auf Teileigentum im Grundbuch von X, Blatt 5384 und 5385) geleistet.

Nach Anhörung stellte die Beklagte mit Bescheid vom 09.06.2006 die Sozialversicherungspflichtigkeit des Beschäftigungsverhältnisses von Beginn an fest: Der Klägerin fehle die für die Führung eines Handwerksbetriebes notwendige Qualifikation, steuerrechtlich sei von einer nichtselbständigen Tätigkeit ausgegangen worden und die arbeitsvertraglichen Regelungen sprächen für eine Eingliederung der Klägerin in den betrieblichen Organisationsprozess. Ferner trage die Klägerin trotz Übernahme von Bürgschaften kein Unternehmerrisiko und hafte nicht. Den dagegen gerichteten Widerspruch wies die Beklagte mit Widerspruchsbescheid vom 29.09.2006, der Klägerin zugestellt am 12.10.2006, als unbegründet zurück.

Zur Begründung ihrer am 09.11.2006 zum Sozialgericht (SG) Dortmund erhobenen Klage hat die Klägerin im Wesentlichen Folgendes ausgeführt: Das Unternehmen des Beigeladenen zu 1) sei immer als ein gemeinsames der Eheleute geplant gewesen, so sei z. B. - unter Bezugnahme auf zu den Akten gereichte Unterlagen (vgl. Bl. 83 - 85 PA) - das Geschäftskonto als gemeinsames Konto eröffnet worden. Einzig und allein auf Betreiben eines Mitarbeiters der Beklagten sei sie 1995 zur Sozialversicherungspflicht angemeldet worden; die tatsächliche Übung habe dem immer entgegen gestanden. Sie habe ihre Tätigkeit als kaufmännische Leiterin eigenverantwortlich und weisungsfrei sowie gleichberechtigt neben dem Beigeladenen zu 1) - als kaufmännische Betriebsleiterin - ausgeübt. Dem sei auch durch die Ergänzung ihres Arbeitsvertrages im November 1995 Rechnung getragen worden. Im Übrigen komme dem Arbeitsvertrag keine Bedeutung zu, da er nur auf Betreiben des damaligen Steuerberaters abgeschlossen worden sei und nicht dem Willen der Eheleute entsprochen habe, von ihnen auch nicht gelebt worden sei. Für eine selbständige Tätigkeit spreche auch, dass sie, die Klägerin, ein erhebliches Unternehmerrisiko trage, da sie ausweislich zu den Akten gereicher Unterlagen (Bl. 86 bis 104 PA) im Fall des Scheiterns des Unternehmens wegen der von ihr geleisteten Sicherheiten ihre gesamte Existenz verlieren würde. Die Vermietung des Betriebsgrundstückes sei aus steuerlichen Gründen erfolgt. Diese Gründe hätten einer Einbringung in den Betrieb entgegen gestanden.

Die Klägerin hat schriftsätzlich beantragt,

unter Aufhebung des Bescheides vom 09.06.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.09.2006 festzustellen, dass es sich bei ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1) in der Zeit ab dem 01.04.1995 um eine nicht versicherungspflichtige gehandelt habe.

Die Beklagte hat schriftsätzlich beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat den angefochtenen Bescheid als rechtmäßig erachtet und sich zur Begründung im Wesentlichen auf dessen Entscheidungsgründe bezogen. Ergänzend hat sie hervorgehoben, dass die Übernahme von Bürgschaften und die Mitunterzeichnung von Darlehensverträgen der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen stünden, da Kreditinstitute üblicherweise von Ehegatten eines Handwerksunternehmers, unabhängig davon, ob sie in dem Betrieb tätig seien, entsprechende Sicherheiten verlangten.

Der Beigeladene zu 1) hat sich den Ausführungen der Klägerin angeschlossen, die Beigeladenen zu 2 - 4) haben die Auffassung der Beklagten als zutreffend erachtet.

Mit Urteil ohne mündliche Verhandlung vom 23.06.2009 hat das SG die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat das SG im Wesentlichen ausgeführt: Die Beklagte habe zutreffend festgestellt, dass die Klägerin seit dem 01.04.1995 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses versicherungspflichtig tätig sei. Diese selbst sei offensichtlich bis zur Antragstellung im Februar 2006 davon ausgegangen, dass sie sozialversicherungspflichtig bei ihrem Ehemann - seit April 1995 - beschäftigt sei, auch wenn die sozialversicherungsrechtliche Anmeldung - ihren Vortrag als zutreffend unterstellt - ursprünglich auf Betreiben eines Mitarbeiters der Beklagten erfolgt sei. Rückfragen, z. B. an die Beigeladene zu 2) im Rahmen der durchgeführten Betriebsprüfungen oder an einen Steuerberater, seien nicht erfolgt. Vielmehr seien über einen Zeitraum von rund zwanzig Jahren Beiträge abgeführt und entsprechende Meldungen abgegeben worden.

Gründe, die gegen eine abhängige Beschäftigung der Klägerin und damit dafür sprächen, nunmehr rückwirkend entgegen dem von dem Bundessozialgericht (BSG) verfolgten Gedanken der Kontinuität eines Versicherungslebens (vgl. BSG BSGE 88, 208, 213) in das mit Billigung der Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen, überwögen nicht. Zunächst spreche für die abhängige Beschäftigung, dass die Klägerin eine regelmäßige angemessene Bezahlung unabhängig von der Ertragslage des Betriebes erhalten habe. Das Arbeitsentgelt der

Klägerin sei des Weiteren auf ein privates Bank-/Girokonto überwiesen worden, für das sie allein verfügungsberechtigt sei, werde über den gesamten hier streitigen Zeitraum versteuert und sozialversicherungspflichtig geführt sowie als Betriebsausgabe verbucht. Für eine abhängige Beschäftigung spreche auch, dass die Klägerin nicht Mitinhaberin des Betriebes ihres Ehemanns, des Beigeladenen zu 1), sei. Weder liege eine Mitunternehmereigenschaft vor noch werde ein Unternehmerrisiko getragen. Auch die Übernahme einer Bürgschaft und die Bestellung einer Grundschuld könnten nicht zu einer anderen Beurteilung führen. Sie seien zwar für das Verhältnis Arbeitnehmer / Arbeitgeber untypisch, aber nicht mit der Befugnis, die Geschicke eines Betriebes zu beeinflussen, verbunden. Hieraus entstehe kein echtes Unternehmerrisiko, denn die Tragung dieser Risiken finde ihre Rechtfertigung in den eherechtlichen Beziehungen. Außerdem würden selbstschuldnerische Bürgschaften üblicherweise von Kreditinstituten bei Kreditgewährung an verheiratete Schuldner verlangt (vgl. Bayerisches Landessozialgericht (BayLSG), Ur. vom 07.08.2008, Az.: [L 4 KR 85/07](#), www.juris.de). Auch die Vermietung des Betriebsgrundstücks bzw. der Betriebsstätte durch die Klägerin an den Beigeladenen zu 1) führe nicht zu einer anderen Beurteilung. Wäre eine Mitunternehmerposition mit Kapitalersatz und Tragung des Unternehmerrisikos beabsichtigt gewesen, so hätte dies die Vermietung, die wegen steuerlicher Vorteile erfolgt sei, entbehrlich gemacht.

Soweit die Klägerin schließlich anführe, eigenverantwortlich und weisungsfrei tätig zu sein, stehe dies der Annahme der Sozialversicherungspflichtigkeit ihrer Beschäftigung auch nicht entgegen. Zunächst sei bei Tätigkeiten höherer Art die Weisungsbefugnis ohnehin stark eingeschränkt (BSG, Ur. vom 30.01.1990, Az.: [11 RAr 47/88](#), www.juris.de). Dies resultiere schon daraus, dass - wie bei der Klägerin in Folge ihrer Ausbildung zur Industriekauffrau - der eigentlich Weisungsbefugte häufig aufgrund seiner fachlichen Unterlegenheit überhaupt nicht dazu in der Lage sei Weisungen zu erteilen. Hinzu komme bei Familienunternehmen eine besondere familienhafte Rücksichtnahme, die ebenfalls die Erteilung von Weisungen einschränke. Ein eingeschränktes oder im Einzelfall überhaupt nicht ausgeübtes Weisungsrecht ändere aber nichts daran, dass eine rechtliche Weisungsunterworfenheit der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen zu 1) vorliege, die aus dessen Stellung als Betriebsinhaber herrühre. Zu beachten sei insoweit auch, dass die Nichtausübung eines Weisungsrechts unbeachtlich sei, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abgedungen worden sei (BSG, Ur. vom 15.01.2006, Az.: [B 12 KR 30/04 R](#), www.juris.de). Letztlich bleibe der Beigeladene zu 1) rechtlich verantwortlich.

Gegen das ihren Prozessbevollmächtigten am 15.07.2009 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 11.08.2009 Berufung eingelegt, zu deren Begründung sie sich auf ihren bisherigen Vortrag bezieht.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des SG Dortmund vom 23.06.2009 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides vom 09.06.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.09.2006 festzustellen, dass es sich bei ihrer Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1) in der Zeit ab dem 01.04.1995 um eine nicht versicherungspflichtige gehandelt hat, hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erachtet das erstinstanzliche Urteil als zutreffend.

Der Beigeladene zu 1) schließt sich der Rechtsauffassung der Klägerin an.

Die Beigeladenen zu 2) bis 4) haben sich nicht geäußert.

Auf Nachfrage haben die Klägerin und der Beigeladene zu 1) in der nichtöffentlichen Sitzung am 15.12.2009 im Wesentlichen folgende Angaben gemacht: Bereits der Vater des Beigeladenen zu 1) sei im selben Beruf selbständig tätig gewesen. Dessen Weg folgend, habe er sich mit einer eigenen Firma im Jahre 1995 selbständig gemacht. Zunächst habe es zusätzlich nur einen weiteren Monteur in der Firma gegeben, die sie ohne Eigenkapital gegründet hätten. Später seien ein weiterer Monteur und zwei Aushilfen beschäftigt worden, wenn entsprechender Bedarf bestanden habe. Dies entspreche auch dem aktuellen Personalstand. Infolge einer dauerhaften schweren Erkrankung des Beigeladenen zu 1) erhalte dieser inzwischen rückwirkend ab dem 01.08.2008 eine private Rente wegen Berufsunfähigkeit. Er könne spätestens seit Jahresbeginn 2009 in dem Betrieb nicht mehr körperlich mitarbeiten und habe auf die Geschicke der Firma keinen nennenswerten Einfluss mehr. Seit ca. anderthalb Jahren habe die Klägerin den Betrieb ohne seine Mitwirkung allein geführt, wobei ihr in technischen Fragen seitdem ein angestellter Meister zur Verfügung stehe. Die Betriebstätigkeit habe keine Einbußen erlitten. Aufgrund entsprechender Beratungen, auch durch den Steuerberater, hätten sie sich im Dezember 2009 dazu entschlossen, eine GmbH & Co. KG zu gründen, wobei die Gesellschafterstellung, ebenso wie die Geschäftsführung, ausschließlich bei ihr, der Klägerin, liegen solle; eine Eintragung ins Handelsregister sei noch nicht erfolgt. Bei der ursprünglichen Firmengründung im Jahre 1995 hätten die rechtlichen Hintergründe keine Rolle gespielt. Den Arbeitsvertrag vom 28.03.1995 hätten sie auf den Rat des Steuerberaters hin geschlossen. Weitere schriftliche Änderungen dieses Arbeitsvertrages über die Modifizierung vom 15.11.1995 hinaus gebe es nicht. Ihr, der Klägerin, obliege die Analyse der finanziellen Verhältnisse innerhalb der Firma. Das Gehalt hätten sie in einer Höhe festgelegt, wie es dem Wert ihrer Arbeit und der finanziellen Leistungsfähigkeit der Firma entspreche. Ob es sich um ein ortsübliches oder tarifliches Entgelt im kaufmännischen Bereich handele, wisse sie nicht. In der Regel habe sie Weihnachts- und auch Urlaubsgeld bekommen, außer der finanzielle Rahmen des Betriebes habe dies nicht hergegeben. Die anderen Arbeitnehmer hätten aber auch in schlechteren Zeiten dennoch Urlaubs- und Weihnachtsgeld erhalten. Kürzungen habe es nur bei ihrem Gehalt gegeben. Vermögenswirksame Leistungen erhalte sie, die Klägerin, nicht. Sie habe jedoch im Jahre 1997 eine Direktversicherung abgeschlossen, die im Wege der Entgeltumwandlung bezahlt werde. Das Arbeitsentgelt sei immer auf ein gemeinsames Girokonto geflossen. Der Umsatz des Betriebes liege größenordnungsmäßig etwa bei 300.000,00 EUR bis 320.000,00 EUR im Jahr, der Gewinn vor Steuern bei ca. 40.000,00 bis 50.000,00 EUR. Die Entnahmen erfolgten nur im Bedarfsfall und ausnahmsweise in Höhe von ca. 7.000,00 bis 8.000,00 EUR pro Jahr. Die übrigen Gewinne verblieben in der Firma. Das Grundstück "I-straße 0 in X" von 1.800 qm sei - insoweit in ihrem Teil-Alleineigentum stehend - mit einer Werkstatt von etwa 100 qm sowie zusätzlich etwa 30 bis 35 qm Spitzboden bebaut und des Weiteren mit fünf Garagen, die fremdvermietet seien und im Eigentum beider Ehegatten stünden. Die Einrichtung von Teilungseigentum, bezogen auf bestimmte Gebäudekomplexe, sei auf Anraten des Steuerberaters vorgenommen worden. Darüber hinaus befinde sich auf dem Grundstück I-straße ihr privates Familienheim, das wiederum je zu 1/2 in ihrer beider Eigentum stehe. Als drittes Gebäude gebe es auf dem Grundstück ein Bürogebäude (Bürogröße: 30 m²) mit großer, befahrbarer Lagerhalle und mit einer

Einliegerwohnung, wobei letztere fremdvermietet sei. Darüber hinaus sei sie seit 2004 Alleineigentümerin eines Grundstücks "S 0 in X", das mit einer fremdvermieteten Lagerhalle bebaut sei. Der Beigeladene zu 1) seinerseits besitze ein weiteres Grundstück in C, das mit neun fremdvermieteten Garagen bebaut sei. Auch in der Vergangenheit sei ihr, der Klägerin, immer wichtig gewesen, dass die Firma finanziell "geschmeidig" gehalten werde, d. h., dass sie sicher und mit entsprechender finanzieller Ausstattung durch wirtschaftlich zum Teil schwierige Wogen hätten schiffen können. Wenn ihnen Geld gefehlt habe, so ist es auf ihre Initiative hin geschehen, dass sie entsprechende Verträge abgeschlossen hätten. Für die Firma hätten sie auch, ohne dass sie, die Klägerin, Sicherheiten gestellt hätte, entsprechende Darlehensverträge und andere Verträge erhalten, allerdings zu schlechteren Konditionen. Der Feststellungsbogen sei vom Steuerberater ausgefüllt worden und enthalte nicht durchgehend zutreffende Antworten. Urlaub habe sie, die Klägerin, nicht in vollem Umfang in Anspruch genommen. Von kaufmännischen Angelegenheiten und den Bankgeschäften habe der Beigeladene zu 1) wenig Ahnung; er sei der typische Handwerker, der sich um solche Dinge nicht kümmere. Er habe nicht einmal Zugriff auf die Konten, weil nur sie, die Klägerin, entsprechende Kontovollmachten habe. Alle wichtigen betrieblichen Entscheidungen trafen sie gemeinsam. Eher habe sie den überwiegenden Einfluss auf die Entscheidungen.

Der Senat hat von der Klägerin Unterlagen über die Zahlung einer privaten Rente wegen Berufsunfähigkeit, wegen des Zeitpunktes der angeblichen Anstellung eines Meisters nach Eintritt der Berufsunfähigkeit des Beigeladenen zu 1) und wegen der geplanten Umwandlung der Einzelfirma in eine Kapitalgesellschaft angefordert. Folgende Unterlagen hat die Klägerin insoweit vorgelegt: Einen schriftlichen Arbeitsvertrag zwischen der Firma C H Heizung Sanitär und E T vom 03.04.2006 über eine Tätigkeit des Letztgenannten als Gas- und Wasserinstallateur ab dem 03.04.2006, wobei die Klägerin eingeräumt hat, dass dem Gesellen, der die Meisterschule zu besuchen beabsichtigt, bisher nicht einmal eine handwerksrechtliche Ausnahmegenehmigung vorliegt; Schreiben der Allianz-Lebensversicherungs-AG vom 11.06.2009 über die Anerkennung eines Anspruchs des Beigeladenen zu 1) wegen Berufsunfähigkeit dem Grunde nach; Schreiben der Allianz Lebensversicherungs-AG vom 31.07.2009, dass dem Beigeladenen zu 1) ab dem 01.08.2008 die volle Leistung aus der Berufsunfähigkeitsversorgung gewährt wird (Rentenhöhe: 2.261,10 EUR); notarieller Vertrag vom 23.12.2009, mit dem die Klägerin eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung gegründet hat und sie zur einzelvertretungsbefugten Geschäftsführerin bestellt wird; Gesellschaftsvertrag der H Heizung und Sanitär Verwaltungs-GmbH, dessen Gegenstand der Erwerb und die Verwaltung von Beteiligungen ist, insbesondere die Beteiligung als persönlich haftende geschäftsführende Gesellschafterin der H Heizung und Sanitär GmbH & Co KG mit der Klägerin als Alleingesellschafterin; Gesellschaftsvertrag der H Heizung und Sanitär GmbH & Co. KG vom 23.12.2009 mit der H Heizung und Sanitär Verwaltungs-GmbH ohne eigenen Kapitalanteil und dem Beigeladenen zu 1) als Kommanditisten.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Sach- und Rechtslage wird auf den Inhalt der Prozess- sowie der Verwaltungsakten Bezug genommen, der seinem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin gegen das Urteil des SG Dortmund vom 23.06.2009 ist nicht begründet.

Das SG hat im Ergebnis und in der Begründung zu Recht mit o. g. Urteil die Klage abgewiesen. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 09.06.2006 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29.09.2006 ist rechtmäßig. Die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass die Tätigkeit der Klägerin für den Beigeladenen zu 1) in der Zeit ab dem 01.04.1995 der Versicherungspflicht zur Kranken- (KV), Sozialen Pflege- (PV), Renten- (RV) und Arbeitslosenversicherung (AloV) unterliegt und zu Recht Beiträge abgeführt worden sind bzw. werden.

Die Beklagte und das SG sind bei der Entscheidung über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in dem von dem Kläger eingeleiteten Verfahren gemäß [§ 28h Abs. 2 S. 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#) auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalls rechtsfehlerfrei zu dem Ergebnis gelangt, dass die Klägerin, wie dies auch der geübten Beitragspraxis des Beigeladenen zu 1) seit deren Eintritt in die Firma entspricht, in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu diesem steht und der Versicherungspflicht unterliegt. Für eine solche Entscheidung war die Beklagte nach [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) als Einzugsstelle zuständig. Einzugsstelle ist jeweils die Krankenkasse, von der die KV eines abhängig Beschäftigten durchgeführt wird (vgl. [§ 28i SGB IV](#)). Der Beigeladene zu 1) hat ab Eintritt der Klägerin in die Firma die Gesamtsozialversicherungsbeiträge zur Beklagten abgeführt. Gemäß [§ 28h Abs. 2 S. 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und die Beitragshöhe in der KV, PV und RV sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Sie erlässt auch den Widerspruchsbescheid (Halbsatz 2). Das Gesetz trägt mit dieser umfassenden Zuständigkeitszuweisung an die Einzugsstelle dem Umstand Rechnung, dass in den genannten Versicherungszweigen die Versicherungspflicht mit der Anknüpfung an die abhängige Beschäftigung weithin gleichen Grundsätzen folgt und die Beiträge für alle Versicherungszweige einheitlich berechnet und als Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt werden. Diese Zuständigkeit nach [§ 28h Abs. 2 S. 1 SGB IV](#) ist nicht auf Entscheidungen zur Versicherungspflicht und zur Beitragshöhe gegenüber dem Arbeitgeber als dem Schuldner der Beiträge beschränkt. Sie besteht vielmehr auch, wenn entsprechende Fragen, wie vorliegend, vom Beschäftigten aufgeworfen werden und entschieden werden müssen (BSG Sozialrecht (SozR) 4-2400 § 28h Nr. 1).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen, wie das SG zutreffend dargestellt hat, in der KV, PV, RV und AloV der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \(SGB V\)](#); [§ 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch \(SGB XI\)](#); [§ 1 S. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#); [§ 25 Abs. 1 S. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch \(SGB III\)](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung als Grundlage für die Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (S. 1). 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 selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit vgl. Bundesverfassungsgericht (BVerfG), Kammerbeschl. vom 20.05.1996, Az.: [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#); zum Stand der Rechtsprechung vgl. BSG Urteilssammlung für die gesetzliche KV (USK) 2008-45; BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#); BSG USK 2004-25; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 19](#); BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass

die Abhängigkeit unter Familienangehörigen (vgl. zu Ehegatten: BSG USK 2002-42; BSG USK 2007-53) im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird.

Der Bewertung und Gewichtung der einzelnen Merkmale durch das SG schließt sich der Senat nach eigener Prüfung der Sach- und Rechtslage ausdrücklich an. Ergänzend ist noch Folgendes auszuführen: Der Tätigkeit der Klägerin für den Beigeladenen zu 1) liegt ein schriftlicher Arbeitsvertrag (Vertrag vom 28.03.1995) zugrunde, an den bei der Beurteilung der Versicherungspflicht zunächst anzuknüpfen ist. Die Regelungen des Arbeitsvertrages sprechen eindeutig für eine abhängige Beschäftigung: Der Klägerin steht danach ein festes monatliches Entgelt für eine fest umrissene Tätigkeit zu, sie hat Anspruch auf Urlaubs- und Weihnachtsgeld, hat einen für Arbeitnehmer üblichen Urlaubsanspruch, erhält Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall. Gekündigt worden ist der Vertrag bis heute nicht, weder schriftlich noch mündlich. Die Modifizierung des Arbeitsvertrages vom 15.11.1995 führt ebenfalls zu keiner anderen rechtlichen Bewertung; denn bis auf die freiere Gestaltung der Arbeitszeit, wie sie bei leitenden Angestellten durchaus üblich ist, und die Umwandlung von einem befristeten in ein unbefristetes Arbeitsverhältnis mit gesetzlicher Kündigungsfrist, sind keine Änderungen vorgenommen worden. Entsprechend der arbeitsvertraglichen Verpflichtung ist auch die äußere Abwicklung (bis heute) erfolgt, das heißt der Beigeladene zu 1) hat u. a. die Personalausgaben für die Klägerin als Betriebsausgabe verbucht, Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge etc. für diese entrichtet, das Gehalt für die Klägerin ist auf ein gesondertes Konto gezahlt worden, sie hat, was zwingend den Status einer abhängig Beschäftigten voraussetzt, eine Direktversicherung abgeschlossen und regelmäßig bedient sowie die damit verbundenen steuerlichen Vorteile genutzt.

Die Tätigkeitsinhalte, die im Einzelnen in dem modifizierten Arbeitsvertrag aufgeführt sind, lassen ebenfalls nicht den Schluss auf eine selbständige Tätigkeit der Klägerin zu. Die Tätigkeiten enthalten das Spektrum von einfachen bis gehobeneren kaufmännischen Tätigkeiten, die sämtlich auch abhängigen Beschäftigungsbildern mit typischer Eingliederung in den Betrieb zuzuordnen wären; bei einer kleinen Firma mit nur wenigen Mitarbeitern, maximal einer weiteren Kraft im Büro, erscheint es auch nicht verwunderlich, dass die Klägerin alle anfallenden kaufmännischen Tätigkeiten, soweit sie nicht an den Steuerberater übertragen worden sind, ausübt.

Der Klägerin ist auch weiter bis dato (die Eintragung der gegründeten GmbH & Co KG sowie der Verwaltungs-GmbH ist noch nicht erfolgt) keine formale Rechtsposition einer Betriebsinhaberin bzw. -mitinhaberin innerhalb des Betriebes eingeräumt worden; dass sie Kontovollmacht zu den Geschäftskonten hat und gegebenenfalls Verträge unterschreibt, ist lediglich auf eine interne Bevollmächtigung zurückzuführen und für sich gesehen nicht aussagekräftig bezüglich der hier zu entscheidenden Frage, ob Versicherungspflicht besteht. Der Beigeladene zu 1) hat seiner Frau in keiner Weise weitergehende rechtliche Befugnisse eingeräumt, sei es durch z. B. Gründung einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts oder anderen Personengesellschaft. Dies wäre aber rechtlich ohne Weiteres möglich gewesen: Gemäß [§ 1 Abs. 1 HwO](#) Handwerksordnung (HwO) ist der selbständige Betrieb eines zulassungspflichtigen Handwerks als stehendes Gewerbe nur den in der Handwerksrolle eingetragenen natürlichen und juristischen Personen und Personengesellschaften gestattet. Personengesellschaften im Sinne dieses Gesetzes sind Personenhandelsgesellschaften und Gesellschaften des bürgerlichen Rechts. Nach Anlage A - Verzeichnis der Gewerbe, die als zulassungspflichtige Handwerke betrieben werden können - zu [§ 1 Abs. 2 HwO](#) zählen nach dessen Nr. 23 der Klempner und nach dessen Nr. 24 der Installateur und Heizungsbauer. Nach [§ 6 Abs. 1 HwO](#) hat dist von der Handwerkskammer ein Verzeichnis zu führen, in welches die Inhaber von Betrieben zulassungspflichtiger Handwerke ihres Bezirks nach Maßgabe der Anlage D Abschnitt I zu diesem Gesetz mit dem von ihnen zu betreibenden Handwerk oder bei Ausübung mehrerer Handwerke mit diesen Handwerken einzutragen sind (Handwerksrolle). Nach [§ 7 Abs. 1 HwO](#) wird als Inhaber eines Betriebs eines zulassungspflichtigen Handwerks eine natürliche oder juristische Person oder eine Personengesellschaft in die Handwerksrolle eingetragen, wenn der Betriebsleiter die Voraussetzungen für die Eintragung in die Handwerksrolle mit dem zu betreibenden Handwerk oder einem mit diesem verwandten Handwerk erfüllt. In die Handwerksrolle wird gemäß Abs. 1a der Norm u. a. eingetragen, wer in dem von ihm zu betreibenden oder in einem mit diesem verwandten zulassungspflichtigen Handwerk die Meisterprüfung bestanden hat. Im Rahmen ihrer Gestaltungsfreiheit hätten die Klägerin und der Beigeladene zu 1) daher ohne Weiteres - mit dem Beigeladenen zu 1) als Konzessionsträger - eine andere Betriebsform als eine Einzelirma wählen können. Dies haben sie jedoch - bis zu der Ende 2009 realisierten Gründung der GmbH & Co KG bzw. VerwaltungsGmbH, die mit der Eintragung im Handelsregister ohne jeden Zweifel den Status der Klägerin als abhängig Beschäftigter in der Zukunft beenden wird - gerade nicht getan, sondern an der gewählten Form - abhängige Beschäftigung der Klägerin in der Einzelirma des Beigeladenen zu 1) - festgehalten.

Ebenfalls zu Recht hat das SG die tatsächliche Durchführung der Tätigkeit der Klägerin für die Einzelirma des Beigeladenen zu 1) als abhängige Beschäftigung bewertet. Der Senat kann dabei offen lassen, welche Angaben der Klägerin und des Beigeladenen zu 1), die in hohem Maße von Beliebigkeit gekennzeichnet sind, zutreffen. Der Senat vermag sich des Eindrucks kaum zu erwehren, dass das Handeln der Klägerin und ihres Ehemannes seit 1995 allein von Begehrlichkeiten getragen ist, ob sie sich nun entsprechende Vorteile steuerlicher oder sonstiger Art verschafft haben. So geben die Angaben in dem Feststellungsbogen, der mit Antragstellung bei der Beklagten eingereicht worden ist, keinen Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit; sie entsprechen den in dem o. g. Arbeitsvertrag festgelegten Bedingungen. Obwohl beide Ehegatten die Richtigkeit der Angaben unterschriftlich bestätigt haben, sollen die Verhältnisse tatsächlich anders gelebt worden sein. Mit deutlichem Befremden hat der Senat ebenfalls zur Kenntnis genommen, dass die behauptete Beschäftigung eines angestellten Meisters seit - immerhin - anderthalb Jahren bei Anforderung entsprechender Unterlagen ebenfalls als unrichtig widerlegt worden ist. Aber auch dann, wenn der modifizierte Vortrag der Klägerin und ihres Ehemannes als zutreffend unterstellt wird, ergibt sich nicht das Bild einer selbständigen Tätigkeit, wie es in [§ 7 SGB IV](#) beschrieben ist. Die Klägerin verfügt nicht über eine eigene Betriebsstätte; sie hat diese dem Beigeladenen zu 1) vielmehr verpachtet und damit gerade nicht - mit allen Risiken eines Unternehmers - in die Einzelirma eingebracht. Eine völlige Weisungsfreiheit bei der Aufgabenwahrnehmung im Sinne einer alleinigen Betriebsführung hat nicht einmal die Klägerin selbst behauptet, die angegeben hat, alle wichtigen betrieblichen Entscheidungen (lediglich) gemeinsam mit ihrem Ehemann getroffen zu haben. Im o. g. Feststellungsbogen heißt es dazu folgerichtig, dass bereits ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber daran scheitert, dass allein dieser die fachbezogenen Tätigkeiten ausüben könne. Dass die Klägerin in ihrem Aufgabenbereich, der kaufmännischen Leitung des Betriebes, sicherlich keiner ständigen Aufsicht und Kontrolle, zu der sich der Beigeladene zu 1) in kaufmännischen Angelegenheiten auch gar nicht in der Lage sah, unterliegt, sondern, wie bei Diensten höherer Art üblich, weitgehend weisungsfrei ist, spricht ebenfalls nicht für eine selbständige Tätigkeit. Das Weisungsrecht kann, vornehmlich bei sog. Diensten höherer Art, sogar stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 6](#) m. w. N.), ohne dass dies gegen eine abhängige Tätigkeit spräche. Gleiches würde sogar für die Wahrnehmung von Arbeitgeberfunktionen, wie der eigenständigen Einstellung von Personal (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 20](#)), die die Klägerin nicht einmal behauptet hat, gelten. Dagegen hat eine Eingliederung der Klägerin in den Betrieb durchgehend vorgelegen, und zwar nicht nur räumlich

durch ein eigenes Büro in den Betriebsräumen, sondern auch funktionell bis hin zu einer für Arbeitnehmer bzgl. Lage und Verteilung sowie Umfang üblichen Arbeitszeit, wobei sich die Klägerin, wie aber bei leitenden Angestellten ebenfalls nicht unüblich, gewisse Freiheiten, wie nachmittäglicher Friseurbesuch, nehmen durfte.

Von den sonstigen Mitarbeitern der Firma des Beigeladenen zu 1) unterscheidet sich die Klägerin - selbstverständlich - insoweit, als ihr Entscheidungsbefugnisse zustehen, die zur Überzeugung des Senates im Laufe der Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1) im Laufe der Zeit gewachsen sind. Dies ergibt sich als Ergebnis der zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme. Sowohl die Klägerin selbst als auch der Beigeladenen zu 1) haben übereinstimmend angegeben, dass die Klägerin zunächst - weder durch eine entsprechende Berufsausbildung noch durch eine frühere Berufstätigkeit einschlägige, das Installateurhandwerk betreffende Kenntnisse hatte. Sie hat sich vielmehr, wie es ihrer Ausbildung entspricht, zunächst ausschließlich mit kaufmännischen Fragestellungen befasst und im Laufe der Zeit einschlägige Kenntnisse erworben, die sie in die Lage versetzt haben mögen, auch Monteure einzuteilen oder Kunden in fachlicher Hinsicht zu beraten bzw. Angebote auszuarbeiten. Dies ging jedoch nie soweit, dass sie praktische handwerkliche Tätigkeiten ausgeübt hätte, die auch nur auf Gesellen-, geschweige denn auf Meisterniveau gelegen hätten. Sie hat auch nicht davon berichtet, dass sie Baustellenkontrollen vorgenommen hätte. Bei der Angebotserstellung hat es ebenfalls entsprechender Entwürfe ihres Mannes bedurft, die sie dann "in die richtige Form" gebracht und dem Kunden übersandt hat. Fachliche Weisungsbefugnisse gegenüber den Gesellen bzw. gegenüber dem Meister hat sie ebenfalls nie ausgeübt.

Entscheidend spricht weiter gegen eine selbständige Tätigkeit der Klägerin für den Beigeladenen zu 1), dass diese durchgehend, also auch den Zeitraum des behaupteten tatsächlichen, nicht rechtlichen Rückzuges des Beigeladenen zu 1) aus dem Betrieb betreffend, kein nennenswertes Unternehmerrisiko getragen hat. Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen (vgl. etwa BSG USK 2008-45 m. w. N.) ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, insbesondere aber auch, ob der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel ungewiss ist. Dies ist bei der Klägerin in keiner Weise jemals der Fall gewesen. Unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Beigeladenen zu 1) erhält sie seit ihrem Eintritt in die Firma ein festes Gehalt als Gegenleistung für den Einsatz ihrer Arbeitskraft, das sogar wesentlich höher liegt (3,5 mal so hoch) als die Privatentnahmen, die der Beigeladene zu 1) jährlich tätigt. Dass sie einen Verzicht auf Weihnachts- und/oder Urlaubsgeld in wirtschaftlich schlechten Zeiten geübt und ihre vollständigen Urlaubsansprüche nicht realisiert haben mag, ist zur Erhaltung von Arbeitsplätzen inzwischen durchaus geübte Praxis von Arbeitnehmern. Bezüglich der Urlaubsansprüche ist im Übrigen anzumerken, dass sich die Klägerin durchaus auch freie Tage bzw. teilweise freie Tage für eigene private Zwecke "genommen" hat, die auf einen Urlaubsanspruch anzurechnen gewesen wären. Eigenes Kapital hat die Klägerin seit der Firmengründung auch nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt. Insoweit nimmt der Senat auf die zutreffenden Entscheidungsgründe des erstinstanzlichen Urteils Bezug. Ergänzend weist der Senat darauf hin, dass die Klägerin durch die Vermietung eines Teils der Betriebsräume, soweit diese Immobilie in ihrem Alleineigentum steht, bzw. des anderen Teils, der im Eigentum beider Eheleute steht, an die Einzelfirma des Beigeladenen zu 1) gerade kein Unternehmerrisiko getragen, anders als bei Einbringung des Grundstücks in das Betriebsvermögen. Gläubiger der Einzelfirma hätten gerade keinen Zugriff auf das Eigentum der Klägerin gehabt. Im Gegenzug hat ihr der vereinbarte Pachtzins zugestanden. Im Übrigen (vgl. BSG Sozialversicherung (SozVers) 2001, S. 329, und BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#) mwN) spräche die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft nur dann für eine Selbständigkeit, wenn ihr eine größere Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehe oder diese zu höheren Verdienstchancen führte. Dies ist bei der Klägerin nicht der Fall. Die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken, wie selbstschuldnerischen Bürgschaften, rechtfertigt ebenfalls nicht die Annahme von Selbständigkeit, ohne dass parallel die oben genannten Voraussetzungen erfüllt sind (BSG, Beschl. vom 21.01.2009, [B 12 KR 15/07 B](#), nicht veröffentlicht), an denen es vorliegend bereits fehlt. Im Übrigen hat die Klägerin zugestanden, dass die von der Einzelfirma aufgebrachten Sicherheiten ausgereicht hätten, um die beantragten Darlehen zu erhalten. Sie hat durch die Stellung zusätzlicher Sicherheit lediglich günstigere Bedingungen für die Einzelfirma erlangen können. Dies aber bedeutet, dass die Klägerin in dem Fall, dass die Firma die Darlehen nicht hätte bedienen können, kaum mit der Verwertung der von ihr gestellten Sicherheiten hätte rechnen müssen.

Soweit die Klägerin ihr Unternehmerrisiko darin sehen sollte, dass im Falle einer Insolvenz des Unternehmens ihres Ehemannes ihre berufliche und die wirtschaftliche Existenz ihrer Familie gefährdet sei, verkennet sie ebenso den Begriff des unternehmerischen Risikos als Kennzeichen einer selbständigen Tätigkeit. Wegen schlechter Auftragslage nicht durchgehend und in vollem Umfang arbeiten zu können, in einzelnen Jahren kein Weihnachts- oder Urlaubsgeld zu erhalten oder z. B. wegen einer Insolvenz des Arbeitgebers den Arbeitsplatz zu verlieren, verbunden mit der möglichen Gefährdung der wirtschaftlichen Existenz der Familie, stellt ein Risiko dar, das jeden Arbeitnehmer trifft. Es muss deshalb ein Wagnis bestehen, das über dasjenige hinausgeht, kein Entgelt zu erzielen. Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt wird, sondern zusätzlich auch Kosten für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brachliegen (vgl. LSG NRW, Ur. vom 11.11.2005, Az.: [L 13 R 112/05](#); Senatsurteil vom 10.12.2009, Az.: [L 16 R 5/08](#), [www.juris.de](#)). Daran fehlt es hier aber vollständig. Die Klägerin hat für ihre Arbeit für das Unternehmen ihres Ehemannes keine eigenen Betriebsmittel, geschweige denn solche von Gewicht, einsetzen müssen und deshalb auch kein Unternehmerrisiko getragen, wie es der Fall gewesen wäre, wenn sie etwa eigene Betriebsgrundstücke, Büroeinrichtungen oder Fahrzeuge eingesetzt hätte oder die Kosten für deren Anmietung selbst hätte tragen müssen.

Dass sich die Vergütung der Klägerin nach den persönlichen Erfordernissen unter Berücksichtigung der Ertragslage des Unternehmens richtet, spricht ebenfalls nicht für eine Selbständigkeit. Dem ist schon entgegen zu halten, dass selbst ein stark am Umsatz orientiertes Entgelt die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht ausschließt, sondern erst dann zum echten Unternehmerrisiko wird, wenn trotz fehlender Einnahmen Betriebsausgaben zu tragen sind (vgl. z.B. Finanzgericht München, Ur. vom 14.12.2007, Az.: [8 K 849/05](#) - unter Hinweis auf LSG NRW, Ur. vom 11.11.2005, Az.: [L 13 R 112/05](#), Senatsurteile vom 02.02.2006, Az.: [L 16 KR 253/04](#), und 10.12.2009, Az.: [L 16 R 5/08](#), sowie vom 21.01.2010, Az.: [L 16 KR 176/08](#), jeweils [www.juris.de](#)), was hier nicht der Fall war.

Auch nach Eintritt von Berufsunfähigkeit des Beigeladenen zu 1) liegt keine in Bezug auf den sozialversicherungsrechtlichen Status der Klägerin zu beachtende Änderung vor. Der Beigeladene zu 1) fungiert bis zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung als Betriebsleiter und Konzessionsträger sowie Betriebsinhaber. Der angeblich an seiner Statt tätige angestellte Meister ist tatsächlich ein im Betrieb tätiger Geselle, der sich bis heute nicht einmal zur Meisterschule angemeldet hat.

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

Anlass für die Zulassung der Revision, [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1 und 2 SGG](#), hat nicht bestanden.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2010-04-20