

L 8 KR 175/09

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Darmstadt (HES)
Aktenzeichen
S 13 KR 77/07
Datum
13.03.2009
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 8 KR 175/09
Datum
27.10.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 KR 122/11 B
Datum
18.01.2012
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Eine abhängige Beschäftigung in einer Einzelfirma eines nahen Familienangehörigen liegt auch dann vor, wenn nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles der als Arbeitnehmer geführte (leitende) Angestellte oder Fremdgeschäftsführer auf Grund seiner Stellung in der Familie faktisch vollkommen freie Hand in der Führung der Geschicke des Unternehmens hat und wie ein Alleininhaber „frei Schalten und Walten kann“.

Maßgeblich ist allein die Rechtsmacht des Firmeninhabers. Im Konfliktfall, z.B. wenn es zu einer familiären Trennung kommt und die familiären Rücksichtnahmen ein Ende haben, kann von den vertraglich niedergelegten Befugnissen jederzeit wieder Gebrauch gemacht werden, so etwa auch von einem Weisungs- und Kündigungsrecht. Es ist daher konsequent und im Hinblick auf größtmögliche Rechtssicherheit geboten, eine von Anfang an latent vorhandene Rechtsmacht auch dann für eine abhängige Beschäftigung ausschlaggebend sein zu lassen, wenn von ihr konkret (noch) kein Gebrauch gemacht worden ist.

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 13. März 2009 wird zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist zwischen den Beteiligten, ob der Kläger im Rahmen seiner Tätigkeit für den Betrieb seiner Ehefrau, der Beigeladenen zu 1., in der Zeit vom 1. Mai 1998 bis 30. Juni 2006 abhängig beschäftigt war und damit der Sozialversicherungspflicht unterlag.

Der 1957 geborene Kläger ist seit 1. Mai 2003 freiwillig versichertes Mitglied bei der Beklagten zu 1., nachdem er zuvor bei der Beklagten zu 2. krankenversichert gewesen ist. Seine Ehefrau – die Ehe besteht seit dem 11. Mai 1980 – ist Alleininhaberin der Firma A., Studio für Digitaltechnik. Der Kläger hatte eine Ausbildung zum Fotografenmeister absolviert und sich später auf die aufkommende Digitaltechnik umgestellt. Er war seinen Angaben in der mündlichen Verhandlung des Sozialgerichts zu Folge zunächst Gesellschafter einer GmbH, die mit klassischer Fotografiertechnik arbeitete, mit einem 30 %igen Gesellschaftsanteil gewesen. Er schied dort aus, weil der Mitinhaber die Firma nicht auf die neue digitale Technik umstellen wollte. Im GmbH-Gesellschaftsvertrag sei eine Wettbewerbsklausel enthalten gewesen, die ihm untersagt habe, im Umkreis von 25 km von O. eine Konkurrenzfirma zu gründen. 1998 hätten deshalb er und seine Ehefrau entsprechend den Empfehlungen von Steuerberatern und Banken eine Gestaltung gewählt, demzufolge seine Ehefrau eine Firma für Digitaltechnik in A-Stadt gründete und er für diese als Berater tätig wurde. Die Ehefrau des Klägers hatte für ihre Firma mit diesem unter dem 28. April 1998 einen schriftlichen Anstellungsvertrag für kaufmännische Angestellte abgeschlossen. Dieser bestimmte, dass der Kläger ab 1. Mai 1998 als Computeroperator/Akquisiteur angestellt werde mit einem monatlichen Bruttogehalt von 6.300,00 DM bei einer wöchentlichen tarifvertraglich geregelten Arbeitszeit von zur Zeit 40 Stunden und einem Urlaubsanspruch von 28 Arbeitstagen. Weiter sah der Vertrag Lohnfortzahlung im Krankheitsfall mit den entsprechenden Mitteilungs- und Nachweispflichtenpflichten zur Arbeitsunfähigkeit (Vorlage einer ärztlichen Bescheinigung der Arbeitsunfähigkeit spätestens am dritten Tage der Erkrankung) und Regelungen zur Kündigungsfrist vor. Weiter verpflichtete sich der Kläger als Angestellter die jeweils gültigen Betriebsordnungen zu befolgen und erklärte sich den betriebsüblichen Kontrollmaßnahmen einverstanden. In § 10 des Angestelltenvertrages heißt es wie folgt: "Die Aufhebung, Änderung und Ergänzung dieses Angestelltenvertrages bedürfen der Schriftform. Mündliche Vereinbarungen, auch die mündliche Vereinbarung über die Aufhebung der Schriftform, sind nichtig. Angestellter und Arbeitgeber bestätigen, je ein von beiden Parteien unterschriebenes Exemplar dieses Vertrages empfangen zu haben."

Im streitgegenständlichen Zeitraum war dem Kläger das vereinbarte Arbeitsentgelt auf ein privates Konto überwiesen worden. Von dem Arbeitsentgelt war Lohnsteuer entrichtet und dieses war in der Firma der Ehefrau als Betriebsausgabe verbucht worden.

Im Mai 2006 beantragte der Kläger bei der Beklagten zu 1 zu prüfen, ob seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1 sozialversicherungspflichtig sei. In diesem Zusammenhang legte er einen von ihm und der Beigeladenen zu 1 ausgefüllten Feststellungsbogen vor. Darin gaben sie an, dass der Kläger als Computeroperator und Aquisemanager an sechs Arbeitstagen pro Woche 50 bis 60 Stunden ohne feste Arbeitszeiten tätig sei und alle im Zusammenhang mit der Unternehmensführung anfallenden Arbeiten verrichte. Er verdiene 3.324,00 EUR brutto monatlich. Der Kläger legte den Arbeitsvertrag vom 28. April 1998 vor.

Der Kläger und seine Ehefrau gaben im Feststellungsbogen weiter an, er sei in den Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert; ohne seine Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Er unterliege keinem Weisungsrecht und könne seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Bei der Führung des Betriebes wirke er mit. Die Mitarbeit sei aufgrund familiärer Rücksichtnahmen durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zur Betriebsinhaberin geprägt. Der Urlaubsanspruch betrage 30 Arbeitstage. Das Arbeitsentgelt werde regelmäßig gezahlt. Der Verdienst müsse höher sein, aber die Finanzlage des Unternehmens lasse dies nicht zu. Das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bankkonto überwiesen. Von dem Arbeitsentgelt werde Lohnsteuer entrichtet und diese werde auch als Betriebsausgabe verbucht. Weitere Arbeitsverhältnisse bestünden nicht, jedoch übe der Kläger daneben noch eine selbstständige freiberufliche Tätigkeit aus. Er sei an dem Betrieb der Beigeladenen zu 1 nicht beteiligt. Er habe der Beigeladenen zu 1 ein Darlehen in Höhe von etwa 5.000 EUR gewährt und Bürgschaften in Höhe von etwa 200.000 EUR übernommen. Das Betriebsgebäude stehe in seinem Eigentum und sei an seine Ehefrau vermietet. Die Maschinen würden von ihm geleast und an die Firma der Beigeladenen zu 1 vermietet. An Miete würden 8.990 EUR monatlich gezahlt.

Die Beklagten hatten zunächst im internen Abstimmungsprozess die Auffassung vertreten, der Kläger übe eine selbstständige Tätigkeit aus. Demgegenüber hatte die beigeladene Deutsche Rentenversicherung Bund mit Schreiben vom 11. August 2006 geltend gemacht, der Kläger sei nicht dem Personenkreis der selbstständig Tätigen zuzuordnen. Hierauf stellte die Beklagte zu 1. mit Bescheid vom 7. September 2006 fest, der Kläger habe im Zeitraum vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2006 in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden. Dagegen legte der Kläger am 9. Oktober 2006 Widerspruch ein. Er führte aus, er arbeite durchschnittlich 50 bis 60 Stunden pro Woche nach Belieben im Unternehmen. Seine Urlaubsplanung sei nicht an der schriftlichen Vereinbarung im Arbeitsvertrag ausgerichtet, sondern entscheidend sei das Interesse des Unternehmens. Daher habe er deutlich weniger Urlaub in Anspruch genommen, als ihm vertraglich zustehe. Er sei auch nicht wie eine fremde Arbeitskraft im Betrieb eingegliedert gewesen. Er trage ein Unternehmerrisiko, weil er Darlehensmittel zur Verfügung stelle und Bürgschaften für die Firma seiner Ehefrau übernehme. Somit hafte er für betriebliche Verbindlichkeiten ebenso wie seine Ehefrau. Auch die Tatsache, dass er die Vermieterstellung inne habe, verändere die tatsächliche Ausgestaltung der Tätigkeit. Denn die Ehefrau werde angesichts des Mietverhältnisses keine Entscheidung gegen seinen Willen treffen. Andernfalls müsse sie zumindest damit rechnen, dass er über den Weg der Wahrnehmung seiner mietvertraglichen Gestaltungsrechte oder der Finanzpolitik - im schlimmsten Falle sogar auf den Fortbestand des standortverhafteten Unternehmens - Einfluss nehme.

Mit Widerspruchsbescheid vom 27. Februar 2007 wies die Beklagte zu 1 den Widerspruch zurück. In den Gründen legte sie dar, dass das monatliche Bruttoentgelt von 3.324,00 EUR als Betriebsausgabe verbucht worden sei und Lohnsteuern abgeführt würden. Das Entgelt werde auf das private Konto des Klägers überwiesen, für das er verfassungsberechtigt sei. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen außerdem die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfall und der vertraglich gewährte Urlaubsanspruch. Soweit der Kläger darauf teilweise verzichtet habe, sei dies unbeachtlich. Das Weisungsrecht könne zwar durch familienhafte Rücksichtnahmen stark eingeschränkt gewesen sein. Die eigenverantwortliche Durchführung der Tätigkeit des Klägers als Computeroperator und Aquisemanager sei kein Anzeichen dafür, dass der Beigeladenen zu 1 diesbezüglich kein Weisungsrecht zugekommen sei. Wäre eine Aufnahme des Klägers in die Unternehmensleitung gewollt gewesen, hätte dies durch die Gründung einer entsprechenden Personengesellschaft dokumentiert werden können. Ein typisches Unternehmerrisiko habe der Kläger nicht getragen. Denn die Höhe seiner Einnahmen sei unabhängig von seinem Arbeitseinsatz gewesen. Das alleinige Unternehmerrisiko habe die Beigeladene zu 1 als Betriebsinhaberin gehabt. Die Darlehensgewährung und die Übernahme der Bürgschaft durch den Kläger vermöge zwar eine erhöhte Anteilnahme am Geschick der Firma zum Ausdruck zu bringen, begründe jedoch keine selbstständige Tätigkeit bzw. Unternehmereigenschaft.

Mit Bescheid vom 27. Oktober 2006 stellte die Beklagte zu 2 ebenfalls fest, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers in der Zeit vom 1. Mai 1998 bis 30. April 2003 vorgelegen habe.

Dagegen legte der Kläger am 23. November 2006 Widerspruch ein, den die Beklagte zu 2 mit Widerspruchsbescheid vom 14. März 2007 mit ähnlicher Begründung wie die Beklagte zu 2 zurückwies.

Gegen beide Widerspruchsbescheide erhob der Kläger am 26. März 2007 Klage zum Sozialgericht Darmstadt. In Ergänzung seines Vorbringens aus den Widerspruchsverfahren trug der Kläger vor, das Kriterium der steuerlichen Behandlung des Arbeitsentgelts habe keine nennenswerte Indizwirkung für eine Sozialversicherungspflicht. Steuer- und Sozialversicherungsrecht seien nicht deckungsgleich. Ein Subordinationsverhältnis zwischen ihm und seiner Ehefrau habe nicht bestanden. Deren Tätigkeit habe trotz ihrer formalen Unternehmensinhaberschaft allein in der Buchhaltung und der internen Verwaltung bestanden. Kundenkontakte, Verträge mit Kunden und Lieferanten seien ausschließlich durch ihn geschlossen worden. In der Zeit von August 1997 bis Februar 1998 habe er aufgrund der wirtschaftlichen Situation auf Entgelt verzichtet.

Auf Anforderung des Sozialgerichts legte der Kläger die an ihn und seine Ehefrau aufgrund gemeinschaftlicher Veranlagung gerichteten Einkommenssteuerbescheide, die Kopien der Lohnabrechnungen sowie die Kontoauszüge für den streitigen Zeitraum vor. Das Instanzgericht zog weiter Unterlagen des Finanzamts HX. bei. Im Termin zur mündlichen Verhandlung hörte es den Kläger und dessen Ehefrau persönlich an.

Mit Urteil vom 13. März 2009 wies das Sozialgericht die Klagen als unbegründet ab. Zur Begründung führte es aus: Die beklagten Krankenkassen hätten in ihren angefochtenen Bescheiden und Widerspruchsbescheiden zu Recht entschieden, dass der Kläger in der Zeit vom 1. Mai 1998 bis 30. Juni 2006 eine abhängige Beschäftigung in dem Betrieb seiner Ehefrau, der Beigeladenen zu 1, ausübte und daher der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht unterlegen habe.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Krankenversicherung gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB V), in der Rentenversicherung gemäß [§ 1 S. 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung gemäß [§ 25 Abs. 1 S. 1](#), des Dritten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB III) der Versicherungs- und Beitragspflicht. Die versicherungspflichtigen Mitglieder der gesetzlichen Krankenversicherung seien nach [§ 20 Abs. 1 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuches (SGB XI) wiederum versicherungspflichtig in der sozialen Pflegeversicherung.

Gemäß [§ 7 Abs. 1](#) des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches (SGB IV) sei Beschäftigung die nicht selbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung seien eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG), von der abzuweichen für die Kammer kein Anlass bestehe, setze eine versicherungs- und beitragspflichtige Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei dies regelmäßig der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei in einem in Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber sei eine selbstständige 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 selbstständig tätig ist, hänge davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend sei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimme. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne seien die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliege, ergäbe sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt sei dabei zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lasse. Eine im Widerspruch zur ursprünglich getroffenen Vereinbarung stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehe der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich sei (vgl. etwa BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 30/04 R](#); HLSG, Urteil vom 20. September 2007, L 1 KR 355/04).

Nach diesen Grundsätzen sei auch bei nahen Angehörigen die Arbeitnehmerschaft zu prüfen, wobei in einem solchen Fall das Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung nicht nur von der selbstständigen Tätigkeit als Mitunternehmer abzugrenzen sei, sondern auch von der bloßen familienhaften Mithilfe. Ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis unter Verwandten setze daher voraus, dass die Betroffenen ernsthaft ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis gewollt und dieses auch vereinbarungsgemäß durchgeführt hätten, wie dies zwischen Fremden üblich wäre. Neben der Eingliederung des beschäftigten Verwandten in den Betrieb und einem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsverhältnis des Arbeitgebers müsse der Familienangehörige ein Entgelt erhalten, das noch einen angemessenen Gegenwert für geleistete Arbeit darstelle, mithin über den freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehe. Die Vergütung müsse mit einem Tariflohn wenigstens vergleichbar sein, also nicht wesentlich abweichen, regelmäßig bezahlt, als Betriebsausgabe verbucht werden und dem Lohnsteuerabzug unterliegen. Weitere Abgrenzungskriterien seien, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag mit Beschreibung des Tätigkeitsbereiches, der regelmäßigen Arbeitszeit, der angemessenen Vergütung und einer Vereinbarung über die Zahlung der Vergütung geschlossen worden sei und ob der Familienangehörige eine fremde Arbeitskraft ersetze. Soweit sich die Tatsachengrundlage objektiv nicht aufklären lasse, trage derjenige den rechtlichen Nachteil, der sich auf sie beruft (HLSG, aaO, m.w.N.).

Vorliegend würden in ihrer Gesamtheit die Umstände, die für ein versicherungs- und beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers sprechen, überwiegen. Denn der Kläger habe mit der Beigeladenen zu 1. am 28. April 1998 einen typischen Arbeitsvertrag eines Arbeitnehmers mit Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsgewährung, Kündigungsfristen etc. abgeschlossen. Außerdem sei ein angemessenes Gehalt in Höhe von 6.300,00 DM vereinbart worden. Der Kläger habe im streitigen Zeitraum im Grunde keinerlei Unternehmerrisiko getragen. Er habe ein gleichbleibendes monatliches Einkommen, welches auch im Laufe der Zeit geringfügig angehoben worden sei, erhalten. Er sei an dem Unternehmen seiner Ehefrau überhaupt nicht beteiligt gewesen. Der Kläger habe im Rahmen seiner Beschäftigung weder an den Gewinnen noch an den Verlusten des Unternehmens teilgenommen. Insoweit habe sich seine Stellung nicht grundsätzlich von der eines anderen Arbeitnehmers unterschieden.

Zwar habe der Kläger über spezifische Branchenkenntnisse verfügt, die - was die technischen Kenntnisse in der digitalen Fototechnik anbelange - nach seinem insoweit glaubhaften Vortrag die Kenntnisse der Beigeladenen zu 1 deutlich übertroffen hätten. So habe er den Beruf des Fotografenmeisters erlernt und in diesem Beruf auch immer gearbeitet, während seine Ehefrau nach dem Erlernen des Berufs der Schaufensterwerbegestalterin überwiegend in der Buchhaltung tätig gewesen sei. Allerdings sei der Kläger in dem Betrieb nicht die einzige Person, die derartige Kenntnisse habe. So arbeite nach dem Vortrag des Klägers im Betrieb eine erfahrene Mitarbeiterin, die ihn normalerweise in der Produktion vertreten könne. Deshalb sei es in einem Urlaub nur deshalb zu Problemen gekommen, als gleichzeitig diese Mitarbeiterin erkrankt war. Insoweit gehe die Kammer davon aus, dass der Kläger zwar eine Art Schlüsselstellung in dem Betrieb der Beigeladenen zu 1 gehabt habe. Gleichwohl wäre er, wenn er aus dem Unternehmen ausgeschieden wäre, nicht unersetzbar gewesen. Darauf hätten sowohl der Kläger wie auch die Inhaberin der Beigeladenen zu 1 hingewiesen, als sie im Feststellungsbogen der Beklagten zu 1 die Frage bejahten, ob ohne die Mitarbeit des Klägers eine andere Arbeitskraft hätte eingestellt werden müssen.

Dass der Kläger als "normaler" Arbeitnehmer behandelt worden sei, gehe aus den beigezogenen Lohnabrechnungen ohne weiteres hervor. In dem gesamten streitigen Zeitraum sei ihm immer wieder Mehrarbeit vergütet worden. Er habe Nachtzuschläge, Feiertagszuschläge, Weihnachtsgeld und Urlaubsgeld erhalten. Ihm seien vermögenswirksame Leistungen gezahlt worden. Außerdem sei zu seinen Gunsten eine Direktversicherung abgeschlossen worden. Soweit er seinen ihm zustehenden Urlaub nicht nahm, habe er eine Urlaubsabgeltung erhalten. Bei diesen Lohnbestandteilen handle es sich um klassische Gehaltsbestandteile, die ausschließlich Arbeitnehmern ausbezahlt werden. Sein Verdienst in Höhe von 6.300 DM bzw. 3.324,00 EUR sei als wirtschaftlich angemessene Gegenleistung zu seiner Tätigkeit anzusehen, zumal darüber hinaus auch noch Überstundenzuschläge, Schichtzuschläge, Feiertagszuschläge etc. gezahlt wurden. Ansonsten habe er auf die Höhe seines Verdienstes keinerlei Einfluss nehmen können. Deshalb unterscheide er sich auch nicht von anderen Arbeitnehmern.

Der Kläger sei auch im Betrieb wie ein "normaler" Arbeitnehmer eingegliedert gewesen. Denn er habe im Rahmen seiner Befragung in der mündlichen Verhandlung vom 13. März 2009 eingeräumt, dass seine Arbeitszeit durch ein Zeiterfassungsgerät aufgezeichnet wurde. Es sei für die Kammer nahezu unvorstellbar, dass ein Selbstständiger sich einem solchen Procedere unterziehe. Soweit der Kläger vortrage, die Konstruktion des Unternehmens der Beigeladenen zu 1 sei deshalb so notwendig gewesen, weil er wegen einer Konkurrenzklausele in dem

Vertrag mit seinem damaligen Geschäftspartner aus der GmbH im Umkreis von 25 km von O. keine Konkurrenzfirma hätte gründen dürfen, wird dies durch die tatsächlichen Umstände widerlegt. Denn bereits am 9. Januar 1998 habe der Kläger mit seinem Unternehmenspartner M. MG. einen notariell beurkundeten Vertrag abgeschlossen, wonach unter Nr. 6 vereinbart worden sei, dass mit der Rechtswirksamkeit der Urkunde sämtliche wechselseitigen Ansprüche zwischen der Firma Studio für Fototechnik M. MG. GmbH bzw. Herrn M. MG. persönlich und dem Kläger abgegolten und erledigt seien. Es sei daher nicht nachvollziehbar, warum zum Zeitpunkt des 1. Mai 1998 aus Konkurrenzgründen eine Unternehmertätigkeit des Klägers nicht in Betracht hätte kommen können.

Der Kläger habe auch kein besonderes Unternehmerrisiko getragen. Soweit er Bürgschafts- bzw. Darlehensverpflichtungen eingegangen sei, entspreche dies der Geschäftspraxis der Darlehensbanken, die in der Regel die Einräumung eines Kredits von einer Bürgschaftsübernahme auch seitens des Ehepartners abhängig machten. Dies ändere aber am Arbeitnehmerstatus des Klägers nichts, auch wenn damit ein gesteigertes Interesse am Unternehmenserfolg dokumentiert werde. Ausschlaggebend sei, dass der Kläger die wirtschaftlichen Verbindlichkeiten nicht in seiner Eigenschaft als Mitunternehmer, etwa durch eine direkte Gewährung eines Darlehens übernommen habe, sondern über eine Bürgschaftsabsicherung, d.h. über eine weitere Rechtsbeziehung, die ihn wie einen Externen mit der Beigeladenen zu 1 verbinde. Die Kammer gehe davon aus, dass die Sicherung auch insgesamt eingebracht worden wäre, wenn keine Beschäftigung im Unternehmen des Ehegatten bestanden hätte. Insoweit fehle es an einem kausalen Zusammenhang zwischen der Beschäftigung und der Bürgschafts- bzw. Darlehensübernahme. In diesem Zusammenhang sei auch die Tatsache zu sehen, dass der Kläger Eigentümer der Grundstücke des Betriebs und einzelner Maschinen sei. Hierdurch werde natürlich ein gesteigertes Interesse an dem Betriebserfolg manifestiert. Daraus folge aber nicht ohne weiteres die Unternehmereigenschaft.

Schließlich sei nicht nachvollziehbar, wieso man in einem schriftlichen Vertrag eine Einstellung des Klägers beschlossen habe, wenn man von vornherein etwas anderes wollte. Reine Unkenntnis als Erklärung scheide insoweit aus. Denn was selbständige Tätigkeit bedeute, habe dem Kläger geläufig sein müssen, da er zuvor an einer GmbH beteiligt gewesen sei und außerdem als Selbstständiger ein Studio für Fototechnik nebenbei betrieben habe. Die Tatsache, dass ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis jahrelang gelebt wurde, stelle einen Hinweis dafür dar, dass gegebenenfalls auch die Vorteile der sozialen Absicherung genutzt werden sollten.

Die Tatsache, dass der Kläger über seine Arbeitszeit frei verfügen konnte und auch hinsichtlich Ort, Art und Dauer der Arbeitsleistung nur einem eingeschränkten Weisungsrecht unterliegen haben möge, spreche nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Zwischen Eheleuten sei in der Regel eine weniger stark ausgeprägte Abhängigkeit zu beobachten. Das Weisungsrecht sei insoweit eingeschränkt. Zudem sei der Vortrag des Klägers insoweit nachvollziehbar, dass der Bereich der Produktion im Unternehmen in seiner eigenen Verantwortung gestanden habe. Bei einer solchen Dienstleistung höherer Art sei das Weisungsrecht ebenfalls eingeschränkt, ohne dass es jedoch entfalle.

Die Kammer vertrete weiter die Auffassung, dass bei der Beurteilung jahrelang "gelebter" Beschäftigungsverhältnisse unter Angehörigen die Inanspruchnahme von Sozialleistungen, staatlicher Förderungen oder steuerlicher Vorteile eine besondere Bedeutung bei der Gesamtabwägung mit der Folge zukomme, dass nur bei offensichtlich fehlerhafter Beurteilung des sozialversicherungsrechtlichen Status eine rückwirkende Feststellung erfolgen könne. Eine solche offensichtlich fehlerhafte Beurteilung der Tätigkeit des Klägers besteht jedoch aus den dargelegten Gründen nicht.

Gegen das ihm am 15. Mai 2009 zugestellte Urteil hat der Kläger am 12. Juni 2009 Berufung eingelegt. Er trägt durch seine Prozessbevollmächtigten vor, bei der versicherungsrechtlichen Beurteilung sei entgegen der Auffassung des Sozialgerichts vorrangig auf die tatsächlichen Verhältnisse abzustellen. Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts gäben die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag, wenn diese der gewählten rechtlichen Ausgestaltung widersprächen. Dies werde in den von ihm vorgelegten erst- und zweitinstanzlichen sozialgerichtlichen Entscheidungen genauso gesehen. Die von der Beklagten zu 2. angeführten landessozialgerichtlichen Entscheidungen und das BSG-Urteil vom 24.02.2007 ([B 12 KR 31/06 R](#)) seien hier nicht einschlägig. Eine rückwirkende sozialversicherungsrechtliche Beurteilung habe der Gesetzgeber zugelassen, wie sich schon aus der Norm des [§ 45 SGB X](#) ergebe. Das Abstellen auf die Entrichtung von Lohnsteuer aus dem vom Kläger bezogenen Entgelt und dessen Verbuchung als Betriebsausgabe sei fehlerhaft. Im Steuerrecht würden andere Kriterien für die Bestimmung der Arbeitnehmerschaft als im Sozialrecht gelten. Er habe durch die Bereitstellung von Sicherheiten, insbesondere Grundschulden, die Gewährung von Darlehen und die Übernahme von Bürgschaften unmittelbar ein unternehmerisches Risiko in Bezug auf die Firma seiner Ehefrau getragen. Er allein hätte über das notwendige Fachwissen für die Geschäftsführung verfügt und habe die Geschicke der Firma bestimmt.

Der Kläger beantragt,

1. das Urteil des Sozialgerichts Darmstadt vom 13. März 2009 aufzuheben,
2. den Bescheid der Beklagten zu 1 vom 7. September 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. Februar 2007 aufzuheben und festzustellen, dass er im Rahmen seiner Tätigkeit in der Zeit vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2006 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt,
3. den Bescheid der Beklagten zu 2 vom 27. Oktober 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. März 2007 aufzuheben und festzustellen, dass er in der Zeit vom 1. Mai 1998 bis 30. April 2003 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt.

Die Beklagte zu 1. beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Die Beklagte zu 2. beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend und verweist auf sozialgerichtliche Entscheidungen, die ihre Position teilen.

Die Beigeladenen haben sich am Verfahren nicht beteiligt und keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von den Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten sowie die Gerichtsakte beider Rechtszüge, deren Inhalt Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs. 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist statthaft und auch zulässig. Der Senat erachtet die letztlich auf eine Feststellung zielenden Klage gemäß [§ 55 SGG](#) als zulässig, ohne dass zu entscheiden war, ob und für welche Zeit in der Vergangenheit eine Beitragserstattung in Betracht kommen könnte.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das Sozialgericht hat die Klagen zu Recht abgewiesen, denn sowohl der Bescheid der Beklagten zu 1. vom 7. September 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27. Februar 2007 betreffend den Zeitraum vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2006 als auch der Bescheid der Beklagten zu 2. vom 27. Oktober 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 14. März 2007 zum Zeitraum 1. Mai 1998 bis 30. April 2003 sind rechtmäßig und verletzen den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Beklagten haben zutreffend festgestellt, dass der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum im Betrieb seiner Ehefrau eine abhängige Beschäftigung ausübte und daher der gesetzlichen Sozialversicherungspflicht unterlag.

Nach [§ 28 h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die Beklagten sind hier die nach [§ 28 i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle, weil diese bei dem Kläger die Krankenversicherung durchführten. Das daneben bestehende Recht, ein Antragsverfahren gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) durchzuführen, für das die Beigeladene zu 5. bzw. ihr Rechtsvorgänger zuständig ist, lässt eine Zuständigkeit der hier zuerst angegangenen Beklagten gemäß [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) schon deshalb nicht entfallen, weil für die Abgrenzung das Kriterium der zeitlichen Vorrangigkeit maßgeblich ist (Vgl. BSG, Urteil vom 04.06.2009 – [12 KR 31/07 R](#)).

Hinsichtlich der materiellrechtlichen Vorgaben gilt dabei Folgendes: Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung der Beitrags- bzw. Versicherungspflicht ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) sowie [§ 168 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz bis 31.12.1997 und ab 1.1.1998 § 24 Abs. 1 und § 25 Abs. 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) bzw. seit 1.1.1999 [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) (eingefügt erst mit Wirkung vom 1.1.1999 durch Art. 1 Nr. 1 Buchst a, Art. 3 Abs. 1 des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999, [BGBl I 2000 S. 2](#)) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er 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 und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl. Urteile des BSG vom 1.12.1977, [12/3/12 RK 39/74](#), [BSGE 45, 199](#) = SozR 2200 § 1227 Nr. 8, vom 4.6.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#), vom 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3 2400 § 7 Nr. 20, vom 22.6.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#), vom 24.1.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) vom 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45 und vom 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#); zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

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 in Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich daraus 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 (vgl. 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. Dabei ist die praktizierte Beziehung aber nur insoweit maßgeblich, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu: BSG, SozR 4-2400, § 7 Nr. 7).

Die Frage, ob zwischen Angehörigen eine Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt vorliegt oder ggf. eine nichtversicherungspflichtige Mitarbeit auf familienrechtlicher Basis (familienhafte Mithilfe) erfolgt – beurteilt sich nach den gleichen Grundsätzen, wie sie allgemein für die Beurteilung der Versicherungspflicht maßgebend sind. Ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis zwischen Angehörigen kann nach den in der Rechtsprechung entwickelten Grundsätzen angenommen werden, wenn der Angehörige in den Betrieb des Arbeitgebers wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert ist und die Beschäftigung tatsächlich ausübt, der Angehörige dem Weisungsrecht des Arbeitgebers – wenn auch in abgeschwächter Form – unterliegt, der Angehörige anstelle einer fremden Arbeitskraft beschäftigt wird, ein der Arbeitsleistung angemessenes (d. h. im Regelfall ein tarifliches oder ortsübliches) Arbeitsentgelt vereinbart ist und auch regelmäßig gezahlt wird, von dem Arbeitsentgelt regelmäßig Lohnsteuer entrichtet wird und das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht wird. Beim Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung eines Familienangehörigen ist von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Bei der Beschäftigung eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem ggf. 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 Entgeltes lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine

erheblich übertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (vgl. BSG, Urteil vom 17.12.2002 - B 11 AL 34/02 R). 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. Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht es grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist als zwischen nicht verwandten Personen und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (vgl. [BSGE 34, 207](#), 210; BSG, SozR 3-2400, § 7 Nr. 1; SozR 3-4100, § 168 Nr. 11).

Nach diesen Grundsätzen, die auch der Senat seiner Beurteilung zugrunde legt, kann nicht bezweifelt werden, dass die von den Beklagten getroffene Feststellung, der Kläger habe seit dem 1. Mai 1998 bis zum 30. Juni 2006 in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zu der Firma seiner Ehefrau gestanden, rechtlich zutreffend ist.

Dabei hält der Senat an seiner ständigen Rechtsprechung (Urteile vom 28.09.1011 L 8 KR 300/10 und L 8 KR 79/10; Urteile vom 25.02.2010 L 8 KR 81/09 und L 8 KR 246/08) fest, dass entgegen der Rechtsauffassung des Klägers und derjenigen, welche in den von seinem Prozessbevollmächtigten angeführten sozialgerichtlichen Entscheidungen (z.B. Urteil LSG Rheinland-Pfalz vom 23.09.2010 - L 5 KR 204/09; Urteile des LSG Niedersachsen-Bremen vom 27.05.2009 - [L 1 KR 293/07](#) - und vom 14.09.2010 - [L 1 KR 222/10](#) -) vertreten wird, das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nicht bereits dann verneint werden kann, wenn nach den tatsächlichen Umständen des Einzelfalles der als Arbeitnehmer geführte (leitende) Angestellte oder Fremdgeschäftsführer faktisch vollkommen freie Hand in der Führung der Geschäfte des Unternehmens hat und wie ein Alleinhaber "frei Schalten und Walten kann". Diese Sichtweise stellt vor allem auf die Praxis bei sog. Familiengesellschaften ab, bei denen der Geschäftsführer oder leitende Angestellte mit den Geschäftsinhabern familiär verbunden ist und aufgrund seiner Stellung in der Familie die Geschäfte der Firma nach eigenem Gutdünken führt und die Ordnung des Betriebes gestaltet. Dabei wird aber vernachlässigt, dass diese Gestaltungsmacht nur in "ruhigen Zeiten" Bestand hat. Latent weiter existiert jedoch die Rechtsmacht der Firmeninhaber oder Gesellschafter. Sie entfällt nicht dadurch, dass rechtliche Vereinbarungen in Anstellungs- und Geschäftsführerverträgen "in guten Zeiten" so behandelt werden, als würden sie "nur auf dem Papier stehen" und von ihnen faktisch kein Gebrauch gemacht wird. Im Konfliktfall, z.B. wenn es zu einer familiären Trennung kommt und die familiären Rücksichtnahmen ein Ende haben, kann von den vertraglich niedergelegten Befugnissen jederzeit wieder Gebrauch gemacht werden, so etwa auch von einem Weisungs- und Kündigungsrecht. Es ist daher konsequent und im Hinblick auf größtmögliche Rechtssicherheit geboten, eine von Anfang an latent vorhandene Rechtsmacht auch dann als ein für abhängige Beschäftigung sprechendes Kriterium zu berücksichtigen, wenn von ihr konkret (noch) kein Gebrauch gemacht wird (so zutreffend Segebrecht in: juris PK-SGB IV, 2. Aufl. 2011, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) Rz. 123 f. für Fremdgeschäftsführer einer GmbH). Ob bei dazu bestehender Rechtsmacht tatsächlich von ihr Gebrauch gemacht wurde und damit auf die Tätigkeit eines Geschäftsführers oder leitenden Angestellten tatsächlich Einfluss genommen wurde, ist auch deshalb unbeachtlich, weil die versicherungsrechtliche Beurteilung dann wesentlich davon abhinge, ob die Tätigkeit aus Sicht der Rechtsmachtinhaber beanstandungsfrei ausgeübt wurde. Dies kann jedoch kein rechtlich entscheidendes Kriterium zur Unterscheidung von abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit sein (vgl. LSG Nordrhein-Westfalen, Urteil vom 25.03.2010 [L 16 \(5\) KR 190/08](#) -).

Auch das Bundessozialgerichts hat in seinem Urteil vom 27.01.2007 ([B 12 KR 31/06 R](#)) diese Position vertreten. Es führt wörtlich aus: "Das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der beigeladenen GmbH erlaubt unter Zugrundelegung des "Anstellungsvertrages" vom 5. März 1992 eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Diese vertraglichen Regelungen sind für die Beurteilung hier maßgebend. Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118 BGB](#)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären. Eine formlose Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Anstellungsvertrages durch schlüssiges Verhalten ist schon nach dem ausdrücklich bekundeten Willen der Vertragsparteien ausgeschlossen, da sich die vertraglichen Vereinbarungen erschöpfend aus diesem Vertrag und seinen etwaigen schriftlichen Anlagen ergeben, Vertragsänderungen der Schriftform bedürfen und eine Befreiung von der Schriftform durch mündliche Vereinbarung unwirksam ist. Auf den Vortrag der Klägerin und der Beigeladenen zu 3., der Vertrag sei "nicht gelebt worden", kann es schon deshalb nicht ankommen. Soweit sich die Klägerin schließlich in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat darauf berufen hat, der Vertrag sei so allein aus steuer- bzw. haftungsrechtlichen Gründen abgeschlossen worden, geht sie unzutreffend davon aus, es unterliege ihrer Disposition, die Wirkungen eines wirksamen Vertrages nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken. Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist" (zitiert nach juris, Rz. 20).

Unter Zugrundelegung dieser Grundsätze ergibt sich hier Folgendes: Die Tätigkeit des Klägers wurde seit dem 1. Mai 1998 in Ausführung des am 28. April 1998 geschlossenen Anstellungsvertrags für kaufmännische Angestellte wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis behandelt. Alle Abreden in dem Anstellungsvertrag sprechen dafür, diesen, wie das Sozialgericht ausführlich und überzeugend dargetan hat, als klassischen Arbeitsvertrag einzustufen. Das Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und seiner beigeladenen Ehefrau erlaubt unter Zugrundelegung des Anstellungsvertrages eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118 BGB](#)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären. Einer wirksamen formlosen Abbedingung der entsprechenden Abreden des schriftlichen Arbeitsvertrags durch schlüssiges Verhalten steht bereits entgegen, dass laut § 10 des Vertragstextes Nebenabreden und Änderungen des Vertrages zu ihrer Rechtswirksamkeit der Schriftform bedürfen. Überzeugend ist angesichts dessen auch nicht der Vortrag des Klägers, der Vertrag sei nicht gelebt worden. Soweit der Kläger vorbringt, der Vertrag sei allein aus steuerrechtlichen Gründen abgeschlossen worden, geht er unzutreffend davon aus, es unterliege freier Disposition der Vertragsschließenden, die Wirkungen eines wirksamen Vertrages nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 20). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.). Soweit der Kläger geltend macht, dass die Urlaubsregelung des Arbeitsvertrags nicht praktiziert worden sei und er auch deutlich mehr als arbeitsvertraglich geschuldet, arbeitete, weist der Senat darauf hin, dass es nicht unüblich ist, dass Familienangehörige - insbesondere Ehegatten - ihren meist gemeinsamen Urlaub miteinander abstimmen und sie in der Regel ein gesteigertes Interesse am Erhalt des

Familienbetriebs haben, sodass sie regelmäßig bereit sind, auch überdurchschnittlich Leistungen zu erbringen und auf Urlaub zu verzichten. Letzteres gilt aber auch für leitende Angestellte, die es ebenfalls in der Regel auf sich nehmen, überdurchschnittlich Leistungen (auch in zeitlicher Hinsicht) zu erbringen.

Nach den Regelungen des Anstellungsvertrages vom 28. April 1998 verblieb dem Kläger rechtlich kein Raum für eine im Wesentlichen freie und im wirtschaftlichen Ergebnis unmittelbar ihn selbst treffende Gestaltung seiner Tätigkeit. Ist nach den äußeren Erscheinungsformen von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, so lässt sich dies auch nicht mehr durch Aussagen der Beteiligten über das angebliche Fehlen der Weisungsgebundenheit des mitarbeitenden Angehörigen ausräumen. Weisungsgebundenheit kann bei Beschäftigungen von Verwandten naturgemäß in sehr abgeschwächter Form auftreten und ist wegen der Undurchsichtigkeit der familiären Beziehungen ohnehin kaum messbar.

Die vereinbarte Vergütung wurde auch auf ein auf den Kläger lautendes Privatkonto überwiesen. Von den als Arbeitsentgelt deklarierten Beträgen wurden unstreitig durchgängig Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge abgeführt. Für ein Beschäftigungsverhältnis und damit für eine abhängige Beschäftigung spricht auch, dass die Gehaltsabrechnungen keine Bestandteile enthalten, die auch nur ansatzweise auf eine Gewinn- bzw. Umsatzbeteiligung schließen lassen. Weiter wurde das gezahlte Entgelt als betriebsbedingter Aufwand im Rahmen der Firma der Ehefrau des Klägers erfasst. Gerade die Verbuchung der Vergütung an Ehegatten als Betriebsausgaben und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung. Lohnsteuerpflicht und Beitragspflicht in der Sozialversicherung beruhen auf dem gleichen Rechtsbegriff des "entgeltlichen" Beschäftigungsverhältnisses. Wesentlich für das Bestehen eines Beschäftigungsverhältnisses ist deshalb die Art der Verbuchung und Versteuerung der Bezüge der Verwandten. Werden die Bezüge nicht als Privatentnahmen, sondern als Betriebsausgaben verbucht und lohnversteuert, so haben die Beteiligten damit für den Bereich des Steuerrechts eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass sie ihre Beziehungen auf die Grundlage eines entgeltlichen Beschäftigungsverhältnisses gestellt haben. Wird steuerrechtlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen, so wird regelmäßig auch für den Bereich der Sozialversicherung von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen werden können (vgl. BSG, Urteil vom 21.04.1993 - B 11 RAr 67/92 - USK 9335).

Schließlich war der Kläger, wie das Sozialgericht zutreffend dargelegt hat, auch nicht am Unternehmensrisiko der Einzelfirma seiner Ehefrau beteiligt. 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 sächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. 05. 2008 - B 12 KR 13/07 R). Der Kläger ist nicht rechtsförmlich am Einzelunternehmen seiner Ehefrau beteiligt. Auch reicht allein die Gewährung eines Darlehens bzw. die Übernahme einer Bürgschaft unter Eheleuten nicht aus, um eine nach außen hin durchweg als versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis dokumentierte Tätigkeit eines Ehegatten im Betriebe des anderen Ehegatten als unternehmerische Tätigkeit einzustufen. Durch die Gewährung eines Darlehens bzw. die Übernahme einer Bürgschaft enthält der Darlehensgeber keine Befugnisse, die Geschehnisse des Betriebes zu beeinflussen. Hieraus entsteht auch kein Betriebsrisiko, denn die Tragung dieser Risiken findet ihre Rechtfertigung in den zugrundeliegenden ehelichen Beziehungen. Eheleute haben in der Regel ein gesteigertes beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens eines der Ehegatten. Zudem werden selbstschuldnerische Bürgschaften üblicherweise von Kreditinstituten bei der Kreditgewährung an verheiratete Schuldner verlangt. In bestehenden Ehen ist es üblich, Entscheidungen in wichtigen finanziellen Angelegenheiten gemeinsam zu treffen. Aus einer solchen Handhabung lassen sich keine gewichtigen Schlüsse auf eine unternehmerische Stellung der Ehegatten ziehen.

Hätte dem Kläger auch rechtlich die Befugnis zugestanden werden sollen, die Geschicke der Firma seiner Ehefrau zu leiten, wäre es naheliegend gewesen, auch das Haftungsrisiko zu verbreitern und eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Anpassung vorzunehmen. Dieser rechtliche Schritt, um den Status des Klägers weg von der abhängigen Beschäftigung hin zur Selbständigkeit zu führen, wurde - wohl wegen nachteiliger steuerrechtlicher Folgen - nicht vollzogen. Insoweit müssen sich der Kläger und seine Ehefrau daran festhalten lassen, dass dem Kläger keine Rechtsmacht eingeräumt war, die es ihm ermöglicht hätte gegen den Willen seiner Ehefrau die Geschäfte und Geschicke (z.B. Unternehmensverkauf oder -Schließung) zu führen.

Zusammenfassend überwiegen somit die Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen bei Weitem. Auch der Senat ist, wie das Bayerische Landessozialgericht in seinen Urteilen vom 11.12.2008 (L 4 KR 97/08 und L 4 KR 55/07; zustimmend hierzu auch das Landessozialgericht Nordrhein-Westfalen in seinem Urteil vom 10.06.2010 - L 5 KR 174/09) der Auffassung, dass nur in extremen Fällen rückwirkend in ein jahrelang von den Beteiligten gewolltes und gelebtes Sozialversicherungsverhältnis eingegriffen werden und dieses rückabgewickelt werden kann. Solche Extremfälle wären gegeben im Falle der Praktizierung eines Sozialversicherungsverhältnisses trotz offensichtlicher schwerwiegender Fehler, Ungereimtheiten oder im Falle der Erschleichung eines Versicherungsschutzes. Danach müssen klare Beweise vorliegen, um ein Sozialversicherungsverhältnis bei der Beschäftigung unter Angehörigen rückabzuwickeln. Dies gilt vor allem dann, wenn die Beschäftigung von allen Beteiligten gebilligt und diese auch steuerlich und in sonstiger Weise als Arbeitsverhältnis behandelt wurde. Der Eintritt eines "Sinneswandels", weil nunmehr für in der Vergangenheit liegende Zeiten die familienhafte Mithilfe oder eine Mitunternehmerschaft mit der Folge der Beitragserstattung attraktiver zu sein scheint, vermag eine Rückabwicklung nicht zu rechtfertigen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG. Aufgrund des Unterliegens des Klägers sind diesem keine Kosten zu erstatten.

Gründe für die Zulassung der Revision liegen nicht vor (§ 160 Abs. 2 SGG).

Rechtskraft
Aus
Login
HES
Saved
2012-02-23