

L 5 KR 5493/05

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 3 KR 3383/04
Datum
29.11.2005
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KR 5493/05
Datum
25.07.2007
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung des Klägers werden das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 29. November 2005 sowie der Bescheid der Beklagten vom 29. April 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 29. Juni 2004 aufgehoben und wird festgestellt, dass der Kläger vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2005 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge zu erstatten.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt die Feststellung, dass er im Gaststättenbetrieb seiner Ehefrau vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2005 versicherungspflichtig beschäftigt war.

Der 1961 geborene Kläger ist von Beruf Isolierblechner und war zuletzt vom 9. Februar 2002 bis 8. Februar 2003 aufgrund des Bezuges von Arbeitslosengeld bei der Beklagten pflichtversichert. Seit 1. Juli 2005 ist der Kläger auf Grund eines (unstreitig) sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses bei seiner Ehefrau erneut bei der Beklagten pflichtversichert.

Am 28. August 2003 gingen bei der Beklagten für die Monate Mai, Juni und Juli 2003 jeweils Beitragsnachweise durch den Gaststättenbetrieb der Ehefrau des Klägers (der Beigeladenen) für den Kläger ein. Mit Schreiben vom 9. Februar 2004 (Bl. 5 VA) teilte die Beklagte der Beigeladenen mit, dass nach einer Überprüfung festgestellt worden sei, dass sie ihren Ehemann (den Kläger) zum 1. Mai 2003 als versicherungspflichtig Beschäftigten angemeldet habe, Beitragsnachweise am 2. September 2003 jedoch lediglich für die Monate Mai bis Juli 2003 eingegangen seien. Am 20. Oktober 2003 sei ein Geldeingang in Höhe von 726,37 EUR gebucht worden. Dies entspreche dem für die drei Monate nachgewiesenen Beitrag zuzüglich Säumniszuschläge. Danach seien weder Beitragsnachweise noch Zahlungen eingegangen. Die Beigeladene war in dem Zusammenhang aufgefordert worden im Rahmen eines Fragebogens weitere Angaben zu der Beschäftigung ihres Ehemannes zu machen, um dessen Sozialversicherungspflicht zu prüfen.

Mit Anhörungsschreiben vom 30. März 2004 erinnerte die Beklagte nochmals an die Vorlage des Fragebogens und wies gleichzeitig darauf hin, dass der Kläger als vollzeitbeschäftigter Kellner angemeldet worden sei, der Monatsverdienst jedoch in den Monaten Mai bis Juli 2003 lediglich ca. 600,00 EUR brutto betragen habe, der tarifliche Lohn eines vollbeschäftigten Kellners bei ca. 1.550,00 EUR monatlich liege, und damit kein angemessenes Arbeitsentgelt bestehe und vielmehr davon auszugehen sei, dass eine Mithilfe hier im Rahmen einer Familienzugehörigkeit nur bestehe.

Am 7. April 2004 gingen bei der Beklagten die Jahresmeldung vom 1. April 2004 der Beigeladenen bezüglich des Klägers hinsichtlich des Beschäftigungszeitraumes 1. Mai 2003 bis 31. Dezember 2003 sowie Beitragsnachweise für die Zeiträume August 2003 bis Dezember 2003 und Januar 2004 bis März 2004 ein. Ferner wurde der Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen vorgelegt (Bl. 16/13 VA). Darin wurde vom Kläger und der Beigeladenen ausgeführt, dass der Kläger im Januar und Februar 2003 bei einem monatlichen Arbeitsentgelt von ca. 130,00 EUR in der Gaststätte "K." gearbeitet habe. Von Mai 2003 bis August 2003 habe er gegen ein pauschales monatliches Arbeitsentgelt in Höhe von 548,00 EUR sowie anschließend in Höhe von 455,00 EUR gearbeitet. Zu den Angaben im Übrigen wird auf den Feststellungsbogen (Bl. 16/13 VA) Bezug genommen. Hinsichtlich der ausgeübten Tätigkeit ist noch vermerkt: Vertretung der Beigeladenen bei Abwesenheit, Übernahme aller Tätigkeiten der Beigeladenen wie Kellnern, kochen usw. In einem Schreiben vom 1. April 2004 (ebenfalls eingegangen am 7. April 2004 bei der Beklagten - Bl. 17 VA -) erklärte der Kläger noch, dass er nicht als Vollzeitbeschäftigter in der Gaststätte seiner Frau angestellt sei, sondern lediglich diese während ihrer Abwesenheit vertrete und ihre Aufgaben erledige. Er sei seit seinem Unfall 1993 zu 40 % behindert und könne mit

seiner rechten Hand nicht mehr arbeiten (Anm ... es fehlen drei Finger). Sollte er seine Frau nicht vertreten können, müsste sie eine Arbeitskraft einstellen. Doch sei es wahrscheinlich unmöglich eine Person zu finden, die auf Abruf warte, um für zwei Stunden oder weniger am Tag zur Arbeit zu kommen.

Mit Bescheid vom 29. April 2004 stellte die Beklagte fest, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers um keine versicherungspflichtige Beschäftigung handele, sondern um eine Mithilfe im Rahmen der Familienzugehörigkeit. Ab 1. Mai 2003 habe daher keine Sozialversicherungspflicht bestanden. Es sei völlig unüblich, dass bei versicherungspflichtig Beschäftigten pauschale Vergütungen und ein Einsatz auf Abruf vereinbart werde. Das sei allenfalls im Rahmen von geringfügigen Beschäftigungen üblich. Ein fremder Arbeitnehmer würde auch nicht für derzeit 455,00 EUR auf Abruf täglich zum Einsatz bereit stehen. Dieser Bescheid ging sowohl dem Kläger als auch der Beigeladenen (Bl. 22/20 VA) zu.

Hiergegen haben sowohl der Kläger als auch die Beigeladene Widerspruch erhoben. Zur Begründung wurde geltend gemacht, der Kläger helfe seiner Frau nicht, sondern arbeite für sie wie er auch für jeden anderen Arbeitgeber arbeiten würde. Er erhalte dafür auch Lohn, wie jeder andere Arbeitnehmer ihn erhalten würde. Er würde z. B. auch beim Spargelstechen bei 3,80 EUR pro Stunde den ganzen Monat nicht mehr verdienen. Mit Widerspruchsbescheid vom 29. Juni 2004 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Wann der mit einfachem Brief versandte Widerspruchsbescheid zur Post gegeben wurde, lässt sich den Akten nicht entnehmen, nach Angaben des Klägers hat er ihn am 14. Juli 2004 zugestellt bekommen.

Dagegen hat der Kläger am 12. August 2004 Klage vor dem Sozialgericht Karlsruhe (SG) erhoben. Zur Begründung hat der damalige Klägerbevollmächtigte geltend gemacht, dass der Kläger im Betrieb der Beigeladenen eingegliedert sei. Er erledige die anfallenden Arbeiten in dem Zeitraum, in dem die Beigeladene wegen der Betreuung der beiden Kinder nicht anwesend sein könne. Die regelmäßige Arbeitszeit des Klägers liege zwischen 18:00 Uhr und 22:00 Uhr und zwar von dienstags bis samstags. Dies entspreche in der Woche 20 Arbeitsstunden. Auch habe der Kläger selbstverständlich Anweisungen zu befolgen. Das vereinbarte Bruttogehalt in Höhe von 455,00 EUR entspreche bei 20 Arbeitsstunden in der Woche einem Gehalt von 5,70 EUR pro Stunde. Dies sei der übliche Aushilfslohn, den auch andere Aushilfen erhalten würden. Aufgrund des Hinweises eines Prüfers des Arbeitsamtes, dass es nicht zulässig sei, Arbeitslosengeld zu beziehen, während er für die Beigeladene tätig sei, sei eine bis dahin eingestellte fremde Arbeitskraft entlassen worden und stattdessen der Kläger eingestellt worden. Auch wenn der Kläger zu 40% behindert sei und drei Finger an der rechten Hand fehlen würden, könne er zwar nicht mehr in seinem gelernten Beruf arbeiten, hinsichtlich der von ihm bei seiner Ehefrau vorgenommenen Tätigkeit stelle dies jedoch kein Hindernis dar.

Im Übrigen sei der wahre Hintergrund, die Anmeldung des Klägers als sozialversicherungspflichtigen Beschäftigten zu stornieren, der, dass der Kläger und seine Ehefrau eine kranke Tochter hätten. Das Kind sei mit einem Gendefekt zur Welt gekommen und müsse von Geburt an teure Medikamente nehmen. Auffällig sei in dem Zusammenhang, dass eine Woche nach einem Antrag des Klägers vom 17. Mai 2004 auf Durchführung einer Ohrenoperation bei diesem Kind die Stornierung der Mitgliedschaft des Klägers angekündigt worden sei. Offenbar sei der Kläger aufgrund seines kranken Kindes der Beklagten schlicht und einfach zu teuer.

Weiter trägt die Klägerbevollmächtigte noch vor, es sei auch nicht, wie von der Beklagten behauptet, richtig, dass die Beigeladene die Betriebsnummer erst im Zusammenhang mit der Anmeldung des Klägers erteilt bekommen habe. Es sei vielmehr so, dass die Beigeladene vor Eröffnung des "K." im Dezember 2002 die Gaststätte "C." in B. betrieben hatte. Diese sei unter der Betriebsnummer 62253181 geführt worden. Der Kläger sei daher zunächst in der Gaststätte "C." für die zuvor entlassene Kraft tätig gewesen. Dort habe sich der bereits angesprochene Vorgang im Zusammenhang mit dem Arbeitsamt abgespielt, der zur Einstellung des Klägers geführt habe. Der Kläger sei also zunächst noch einen kurzen Zeitraum in der Gaststätte "C." tätig gewesen bevor die Übernahme des "K." erfolgt sei, wo er dann seine Tätigkeit weitergeführt habe.

Ergänzend weist die Bevollmächtigte schließlich noch darauf hin, dass in der Zwischenzeit der Kläger bei der Beklagten ab 1. Juli 2005 mit einem höheren Bruttolohn aufgrund einer entsprechenden Beschäftigung pflichtversichert sei und konkret noch die Versicherungspflicht bezüglich der Zeit 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2005 damit hier im Streit stehe.

Die Beklagte ist dem entgegen getreten und hat darauf verwiesen, dass nach wie vor auf Seiten der Beklagten Zweifel bestünden, dass der Kläger im Hinblick auf das von ihm selbst angesprochene Handicap bezüglich seiner rechten Hand in der Lage sei, die dort genannten angefallenen Tätigkeiten wie z. B. Kochen und Kellnern auch tatsächlich ausführen zu können. Weiter sei zu berücksichtigen, dass auf der Grundlage der Angaben hinsichtlich der Arbeitszeit, dienstags bis samstags zwischen 18:00 Uhr und 22:00 Uhr sowie darüber hinaus Vertretung der Beigeladenen auch außerhalb dieser Zeiten, die regelmäßige Arbeitszeit auf ca. 87 Stunden pro Monat komme, so dass sich hier ein Stundenlohn von lediglich 5,25 EUR ergebe und dieser sich noch weiter durch zusätzliche Vertretungszeiten für die beigeladene Ehefrau des Klägers vermindere. Es sei auch sehr unwahrscheinlich, dass eine fremde Arbeitskraft hierfür mit einer pauschalen Monatsvergütung einverstanden wäre. Dies spreche eindeutig für eine familienhafte Mitarbeit. Im Übrigen sei die Entscheidung allein aufgrund der versicherungsrechtlichen Beurteilung der Tätigkeit des Klägers im Betrieb der Ehefrau getroffen worden. Die Erkrankung des Kindes habe hierbei keine Rolle gespielt und sei darüber hinaus auch gar nicht bekannt gewesen.

In einem Termin zur Erörterung des Sachverhalts und Beweisaufnahme am 23. Juni 2005 (Protokoll Bl. 49 ff. der SG-Akte) haben der Kläger und die Beigeladene weitere Angaben zur Organisation und Abwicklung der Tätigkeit gemacht.

Mit Urteil vom 29. November 2005 (ohne mündliche Verhandlung) hat das SG die Klage abgewiesen. Es hat in dem Zusammenhang die Auffassung vertreten, dass die Voraussetzungen für eine abhängige Beschäftigung im Sinne der maßgeblichen gesetzlichen Regelungen und unter Berücksichtigung der in der Rechtsprechung des BSG aufgestellten Kriterien nicht erfüllt seien. Zwar sei nach den Angaben des Klägers und der Beigeladenen davon auszugehen, dass der Kläger vorwiegend zu bestimmten Zeiten im "K." tätig sei. Aushilfskräfte würden im Regelfall lediglich an Wochenenden eingesetzt. Dies rechtfertige nach Auffassung des SG weiter die Schlussfolgerung, dass der Kläger jedenfalls in den Zeiträumen, in welchen er tätig sei, eine fremde Arbeitskraft ersetze. Fraglich sei, ob unter Berücksichtigung dessen, dass ein Abhängigkeitsverhältnis unter Ehegatten weniger stark ausgeprägt sein müsse und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werde, vorliegend ein Weisungsverhältnis zwischen der Beigeladenen und dem Kläger im noch erforderlichen Umfang sowie eine Eingliederung des Klägers in einem fremden Betrieb zweifelsfrei angenommen werden könne. Dafür spreche die Tatsache, dass der Betriebsablauf durch die Betriebsinhaberin festgelegt werde. Dagegen spreche auf der anderen Seite, dass

der tatsächliche Arbeitseinsatz geprägt werde durch die familiären Umstände. Nicht zweifelsfrei lasse sich auch feststellen, ob der Arbeitsumfang und der Arbeitsinhalt aufgrund der Vorgaben durch die Betriebsinhaberin festgelegt würden. Denn nach dem Geschilderten könne davon ausgegangen werden, dass die Arbeitsabläufe feststünden und es weitere Anweisungen durch einen Betriebsinhaber beim vorliegenden Sachverhalt nicht bedürfe. Bedenken gegen eine abhängige Beschäftigung in dem hier noch streitigen Zeitraum bestünden deshalb, da ein Entgelt nachgewiesen worden sei, welches nur unwesentlich über dem Arbeitsentgelt liege, bis zu welchem eine geringfügige Beschäftigung nach Maßgabe des [§ 8 Sozialgesetzbuch Viertes Buch - SGB IV](#) - angenommen werden müsse. Unter Berücksichtigung all dieser Gesichtspunkte lasse sich auch nach Anhörung des Klägers und der Beigeladenen zur Überzeugung des SG nicht zweifelsfrei nachweisen, dass der Kläger im noch streitigen Zeitraum vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2005 sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei.

Der Kläger hat gegen das seiner Bevollmächtigten am 6. Dezember 2005 mit Empfangsbekanntnis zugestellte Urteil am 23. Dezember 2005 Berufung eingelegt. Zur Begründung macht die Klägerbevollmächtigte - die zwischenzeitlich ihr Mandat niedergelegt hat - geltend, das SG habe die tatsächlichen Umstände fehlerhaft gewertet. Entscheidend sei insbesondere, dass der Kläger unstreitig eine fremde Arbeitskraft ersetzt habe und für seine Tätigkeit ebenso wie eine fremde Arbeitskraft vergütet werde. Die Beigeladene habe vor Einstellung ihres Ehemannes eine Arbeitskraft entlassen, deren Tätigkeit nunmehr vom Kläger ausgeübt werde. Hieran ändere auch nichts, dass der tatsächliche Arbeitseinsatz des Klägers durch die familiären Umstände geprägt werde. Konkret sei auch die zuvor beschäftigte Kraft während der Woche dann im Betrieb der Beigeladenen gewesen, wenn diese selbst aufgrund der Kinderbetreuung nicht habe anwesend sein können. Insofern gebe es keinen Unterschied zum Arbeitsverhältnis mit dem Kläger. Auch habe die Beigeladene bei der Anhörung vor dem SG angegeben, dass der Kläger seine Tätigkeit aufgrund allgemeiner Anweisungen ausführe. Das gelte für ihn ebenso wie für die weiteren Mitarbeiter in der Gaststätte. Die Arbeitsabläufe in einer Gaststätte seien im Übrigen überschaubar und erforderten wenig Einzelweisungen. Es müssten die Gäste bedient werden, wenn Getränke verbraucht seien, müssten neue bestellt werden. Diese Tätigkeiten würden von sämtlichen Mitarbeitern der beigeladenen Betriebsinhaberin nach allgemeiner Anweisung ausgeführt. Spezieller Weisungen bedürfe es hierfür nicht. Im Übrigen werde darauf hingewiesen, dass es sich beim "K." nicht um ein Restaurant, sondern um eine Kneipe handele. Es würden überwiegend Getränke ausgeschenkt, zu Essen gäbe es nur kleinere Snacks, wie dies in Kneipen üblich sei. Auch die Tatsache, dass das gezahlte Arbeitsentgelt nur leicht über dem Arbeitsentgelt liege, bis zu welchem eine geringfügige Beschäftigung angenommen werden müsse, spreche nicht von vorneherein gegen eine versicherungspflichtige Beschäftigung.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 29. November 2005 sowie den Bescheid der Beklagten vom 29. April 2004 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 29. Juni 2004 aufzuheben und festzustellen, dass er in der Zeit vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2005 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des SG für zutreffend.

Der Senat hat in der mündlichen Verhandlung den Kläger und die Beigeladenen zu 1.) angehört. Wegen Einzelheiten ihrer Angaben wird auf die Niederschrift über die mündlichen Verhandlung verwiesen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Verwaltungsakte der Beklagten, die beigezogenen Arbeitsamtsakten des Klägers sowie die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

I. Die Berufung ist zulässig. Sie ist insbesondere statthaft, weil ein Berufungsausschlussgrund nach [§ 144 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) nicht vorliegt. Auch liegt für die beantragte Feststellung für in der Vergangenheit liegende Zeiten ein Feststellungsinteresse vor. Für die behinderte Tochter, die bis 30. Juni 2003 und nach dem 1. Juli 2005 über den Kläger bei der Beklagten familienversichert war, sind im streitigen Zeitraum nach den Angaben des früheren Klägerbevollmächtigten insgesamt 52.244 EUR an Behandlungskosten angefallen.

II. Die Berufung ist auch begründet. Das SG hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Die Beklagte durfte die von der Beigeladenen zu 1.) erfolgte Anmeldung des Klägers als beitragspflichtig beschäftigter Arbeitnehmer zum 1. Mai 2003 nicht stormieren und hat rechtsfehlerhaft mit den hier streitigen Bescheiden das Vorliegen eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses verneint

Versicherungspflichtig sind gem. [§ 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch - Gesetzliche Rentenversicherung - \(SGB VI\)](#) Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Versicherungspflichtig (zur Krankenversicherung) sind gem. [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch - Gesetzliche Krankenversicherung - \(SGB V\)](#) Arbeiter, Angestellte und zu ihrer Berufsausbildung Beschäftigte, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind. Beitragspflichtig (zur Arbeitslosenversicherung) sind gem. [§ 168 Abs. 1 Satz 1 Arbeitsförderungsgesetz \(AFG\)](#) in der bis zum 31. Dezember 1997 geltenden Fassung Personen, die als Arbeiter oder Angestellte gegen Entgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind (Arbeitnehmer) bzw. gem. [§ 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch - Arbeitsförderung - \(SGB III\)](#) in der ab 1. Januar 1998 geltenden Fassung sind versicherungspflichtig Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt (versicherungspflichtige Beschäftigung) sind.

Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) in der nunmehr hier ab 1. April 2003 geltenden Fassung. Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) (wobei allerdings auch der in [§ 7 Abs. 4](#) vom 1. Januar 1999 bis 31. März 2003 geltende Kriterienkatalog nach der Rechtsprechung des BSG nicht abschließend ist, sodass es im Übrigen auch bei der schon zuvor geltenden Rechtsprechung im Ergebnis verbleibt) ist Beschäftigung die nicht selbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Nach der Begründung zum Entwurf eines SGB IV stellt die Vorschrift klar, dass eine

Beschäftigung dann vorliegt, wenn eine Arbeit unselbstständig, das bedeutet mit dem Weisungsrecht eines Arbeitgebers ausgeübt wird. Darüber hinaus bestimmt sie, dass eine Beschäftigung stets dann anzunehmen ist, wenn nach arbeitsrechtlichen Grundsätzen ein Arbeitsverhältnis besteht; dabei kommt es nicht darauf an, ob ein wirksamer Arbeitsvertrag geschlossen worden ist oder ob es sich um ein so genanntes faktisches Arbeitsverhältnis handelt (s. hierzu Urteil des BSG v. 10. August 2000 in [BSGE 87, 53](#), 55). Wie nach dem geltenden Recht (d. h. vor dem SGB IV) ist jedoch das Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses mit dem Beschäftigungsverhältnis nicht vollkommen identisch; eine Beschäftigung im Sinne der Sozialversicherung kann auch bei arbeitnehmerähnlichen Tätigkeiten z. B. des [§ 7 Abs. 2](#) oder des [§ 12 Abs. 2 SGB IV](#) vorliegen (so Urteil aaO mit Hinweis auf [BT-Drs. 7/4122 S. 31](#) zu § 7).

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 dem Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft 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 steht das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag ([BSG 87, 53](#), 55/56 mit Hinweis auf [BSGE 45, 199](#), 200 ff. = SozR 2200 § 1227 Nr. 8; [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 13](#) S. 31 ff., jeweils m. w. N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung s. Bundesverfassungsgericht Kammerbeschluss in [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 11](#); s.a. Urteil d. BSG v. 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#), Urteil v. 23. Juni 1994 - [12 RK 50/93](#) - in [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#) = [BSGE 74, 275](#)).

Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter Ehegatten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (Urteil d. BSG v. 17. Dezember 2002 m. H. auf BSG [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 23 m. w. N.). Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist nur unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39 ff.; [19, 1](#), 4 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; [BSGE 74, 275](#), 278 ff. = [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#); BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 30; und s. auch Urteil v. 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Hierzu hat weiter das BSG in seinem Urteil vom 23. Juni 1994 ([12 RK 50/93](#) in [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#) = [BSGE 74, 275](#)) ausgeführt, dass für die Abgrenzung des Ehegattenbeschäftigungsverhältnisses zur familienhaften Mithilfe auf die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen nahen Verwandten zurückgegriffen werden kann, die durch Urteil des Bundessozialgerichts vom 5. April 1956 ("Meistersohn"-Urteil [BSGE 3, 30](#), 40) eingeleitet und durch eine Reihe weiterer Urteile fortgeführt worden ist ([BSGE 12, 153](#), 156 = SozR Nr. 18 zu § 165 RVO; [17, 1](#), 3 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 165 Nr. 90). Danach hängt die Abgrenzung zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis und familienhafter Mithilfe von den gesamten Umständen des Einzelfalles ab. Ein entgeltliches Beschäftigungsverhältnis setzt neben der Eingliederung des Beschäftigten in dem Betrieb und dem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinaus geht. Weitere Abgrenzungskriterien sind nach dieser Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen worden 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 Ehegattenbeschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist. Solches ist zwar in der genannten Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen Verwandten als Indiz für die erforderliche Abhängigkeit des Beschäftigten anerkannt worden (BSG SozR - 2200 § 165 Nr. 90). Daraus kann aber nach dem BSG (Urteil v. 23. Juni 1994 - [12 RK 50/93](#) -) nicht gefolgert werden, dass dann, wenn es nicht gegeben ist, allein aus diesem Grunde ein abhängige Beschäftigung ausscheidet. Im Zusammenhang mit der Höhe des Entgelts hat auch das BSG in dem bereits zitierten Urteil vom 17. Dezember 2002 ([B 7 AL 34/02 R](#)) ebenfalls darauf hingewiesen, dass die Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung habe (Urteil d. BSG v. 12. September 1996 - 7 RAR 120/95 - in DBIR Nr. 4475 zu § 168 AFG m. w. N.). In dieser Entscheidung hat das BSG auch ausgeführt, dass nicht der Rechtssatz gilt, eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung des Ehegatten schließt die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses aus.

Unter Berücksichtigung der dargestellten Kriterien hat sich der Senat davon überzeugt, dass bezüglich des hier streitigen Zeitraumes ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers bei der Beigeladenen zu 1.) bestanden hat.

1. Für die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses spricht zunächst die Art und Weise der Begründung des Arbeitsverhältnisses: Dem arbeitslosen Kläger wurde nach seinen eigenen - angesichts der arbeitsförderungsrechtlichen Rechtslage glaubhaften - Angaben nach Ablauf des Arbeitslosengeldes auf seinen Arbeitslosenhilfesantrag von einem Mitarbeiter der Arbeitsverwaltung entgegen gehalten, solange seine Ehefrau eine fremde Arbeitskraft sozialversicherungspflichtig beschäftige, deren Arbeit er auch verrichten könne, liege keine Bedürftigkeit vor, weswegen ihm empfohlen werde, der Bedienung zu kündigen, um an ihrer Stelle selbst tätig zu werden und damit weitere Arbeitslosigkeit zu vermeiden.

Bereits diese Vorgeschichte schließt die Annahme eines lediglich fingierten und nur zum Zwecke weiterer sozialversicherungsrechtlicher Vorteile begründeten Scheinarbeitsverhältnisses aus.

2. Nach den glaubhaften Ausführungen des Klägers und der Beigeladenen in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat daraufhin die Beigeladene die bis dahin sozialversicherungspflichtig beschäftigte Mitarbeiterin W. gekündigt und an ihrer Stelle den Kläger, der zuvor im Gastronomiebetrieb seiner Ehefrau nur als Aushilfe mitgearbeitet hatte, zu gleichen Bedingungen eingestellt. Der Kläger hat somit in vollem Umfang eine bis dahin sozialversicherungspflichtig tätige fremde Arbeitskraft ersetzt.

3. Als Kriterium für eine beitragspflichtige Beschäftigung spricht des weiteren noch der Umstand, dass jedenfalls hier diese Ausgaben auch tatsächlich als Betriebsausgaben steuerlich über den Steuerberater geltend gemacht wurden. Lohnsteuer wurde zwar für den Kläger in der hier streitigen Zeit nicht abgeführt, dies ist aber vor dem Hintergrund zu sehen, dass bei einem Monatsentgelt in Höhe von 455,00 EUR brutto keine Steuern anfallen, da dieses Einkommen den jährlichen Grundfreibetrag von 7.235,00 EUR (2003) bzw. 7.664,00 EUR (2004) in den streitigen Jahren nicht übersteigt.

4. Auch die Kriterien "Eingliederung" und "Unterliegen unter ein Weisungsrecht" sprechen eher für ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis als dagegen: Zwar sind wie bereits oben im Rahmen der Rechtsprechung dargestellt bei einer Mitarbeit von Familienangehörigen im Betrieb in der Regel die Anforderungen an ein Weisungsrecht unter Ehegatten niedriger anzusetzen, da hier üblicherweise davon ausgegangen werden muss, dass im Verhältnis zwischen Ehegatten nicht in derselben Art und Weise und Umfang wie gegenüber anderen außen stehenden Beschäftigten Weisungen erteilt werden. Nachvollziehbar ist auch des Weiteren insoweit, dass sich hier konkret der Umfang an Weisungen nach den Einlassungen auch der Beigeladenen eher zurückhaltend gestaltet hat, und zwar vor dem Hintergrund, dass hier allgemeine Regeln hinsichtlich des Umfangs und der Bestellung von Getränken bestanden. Insoweit hat es sicher in aller Regel besonderer spezieller Anweisungen nicht bedurft, da ohnehin jeder Mitarbeiter wusste, wann und wo er ggf., wenn bestimmte Getränke zur Neige gingen, Nachschub zu bestellen habe. Auch eine Eingliederung des Klägers in den Betrieb wird man insoweit sicherlich bejahen können, als er auf der Grundlage der Einlassungen der Beigeladenen und des Klägers in aller Regel zu bestimmten Zeiten im Betrieb seine Arbeit zu leisten hatte

5. Zweifel an der Annahme eines regulären sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses werden nur vordergründig dadurch begründet, dass das dem Kläger gewährte Arbeitsentgelt lediglich 455 EUR betrug, obwohl der Kläger regulär dienstags bis samstags von 8:00 bis 22:00 Uhr, monatlich also insgesamt 87 Stunden, tätig war und somit einen Stundenlohn von lediglich 5 EUR pro Stunde erzielt hat. Ein Stundenlohn in dieser Höhe kann nicht mehr als eine tarifliche Entlohnung angesehen werden. Nach der oben dargestellten Rechtsprechung ist es auch ein nicht unwichtiges Abgrenzungskriterium dafür, ob es sich lediglich um eine familienhafte Mithilfe oder ein reguläres beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis handelt, ob dem Betreffenden die ortsübliche oder tarifliche Bezahlung gewährt wird oder ob er lediglich Lohn in der Größenordnung eines besseren Taschengeldes erhält.

Diese Bedenken greifen hier jedoch nicht durch. Die Beigeladene hat überzeugend darauf hingewiesen, dass der Kläger Frau W. ersetzt hat, und zwar nicht nur hinsichtlich der geleisteten Stunden, wo Frau W. ebenso flexibel auf Abruf zur Verfügung stand, wie später der Kläger, sondern auch hinsichtlich des gezahlten Gehaltes. Einen höheren Stundenlohn habe der Gastronomiebetrieb damals aus wirtschaftlichen Gründen ohne dies nicht zahlen können. Frau W. sei aber andererseits zu genau den gleichen Bedingungen für sie tätig gewesen, ohne dass irgendjemand an dem Vorliegen eines sozialversicherungspflichtigen Arbeitsverhältnisses gezweifelt hätte.

6. Zu würdigen ist hier auch, dass bezüglich der streitigen Zeit weder ein schriftlicher Arbeitsvertrag vorlag, noch ein regulärer Urlaubsanspruch noch eine Kündigungsfrist vereinbart war. Bezüglich des zwischenzeitlich ab 1. Juni 2005 begründeten Beschäftigungsverhältnisses als Koch in der Gaststätte "K" sind dagegen nach dem in diesem Zusammenhang vorgelegten Fragebogen nunmehr sowohl ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen, als auch ein Urlaubsanspruch und auch eine entsprechende Kündigungsfrist vereinbart worden. Schließlich wird dort nunmehr auch das Gehalt auf ein Girokonto des Klägers überwiesen und nicht mehr, wie in der hier streitigen Zeit, noch bar ausgezahlt.

Auch diesen Einwänden kann hier kein ausschlaggebendes Gewicht zukommen. Die Beigeladene hat hierzu glaubhaft erklärt, dass es in der Gastronomie allgemein üblich sei, Mitarbeiter ohne schriftlichen Vertrag zu beschäftigen und sie bar zu bezahlen. Dieser Übung entsprechend habe sie auch im Arbeitsverhältnis mit Frau W. gehandelt und so sei sie dann auch bei ihrem Ehemann verfahren. Erst als dies von der Beklagten beanstandet worden sei, habe sie mit dem Kläger einen schriftlichen Arbeitsvertrag geschlossen und dessen Lohn dann auf ein besonderes Girokonto überwiesen.

7. Zweifel an Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ergeben sich auch aus dem Umstand, dass der Kläger unter einer erheblichen Verletzung an der rechten Hand (nach seinen Angaben GdB 40) leidet und damit hinsichtlich der Tätigkeit des Kochs und des Kellners in seiner Einsatzfähigkeit eingeschränkt ist. Mit diesen Zweifeln kann aber ein beitragspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht ausschlaggebend widerlegt werden. Zum einen hat der Kläger tatsächlich im Gastronomiebetrieb seiner Ehefrau regelmäßig gearbeitet und die zuvor an seiner Stelle beschäftigte Frau W. in vollem Umfang ersetzt. Dies schließt die Annahme einer lediglich vergönungsweisen, auf familienhafter Verbundenheit beruhenden Beschäftigung ohne reale Gegenleistung aus.

Zusammenfassend kommt der Senat somit zum Ergebnis, dass der Kläger eine bis dahin sozialversicherungspflichtig tätig gewesene fremde Arbeitskraft ersetzt hat und die gegen die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses vorgetragene Gesichtspunkte nicht ausschlaggebend überzeugen können. Das angefochtene Urteil des SG sowie die entgegenstehenden Bescheide der Beklagten konnten keinen Bestand haben, es war vielmehr antragsgemäß festzustellen, dass der Kläger vom 1. Mai 2003 bis 30. Juni 2005 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Aus diesen Gründen war der Berufung stattzugeben.

III.

Die Kotenentscheidung folgt aus [§ 193 SGG](#).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2007-08-07