

L 4 KR 2302/07

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 9 KR 3593/06
Datum
29.03.2007
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 KR 2302/07
Datum
10.10.2008
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 29. März 2007 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten auch des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Klägerin begehrt die Feststellung, dass sie vom 01. Februar 1999 bis 31. März 2001 sowie ab 01. August 2001 nicht sozialversicherungspflichtig bei der F. G.- und T. GmbH (Beigeladene zu 1)) beschäftigt war und ist.

Die am 1967 geborene Klägerin ist gelernte Versicherungskauffrau und war nach ihrer Ausbildung in diesem Berufsbereich beschäftigt. Seit 05. April 1997 ist sie mit R. F. verheiratet. Dieser hatte durch Gesellschaftsvertrag vom 12. Februar 1997 mit seinem Bruder M. F. die Beigeladene zu 1) gegründet, wobei sich zunächst M. F. mit DM 15.000,00 und der Ehemann der Klägerin mit DM 35.000,00 am Stammkapital beteiligten. M. F. veräußerte zum 31. Dezember 1999 seine Geschäftsanteile an den Ehemann der Klägerin. Nachdem zunächst beide Brüder als Geschäftsführer im Handelsregister eingetragen waren, ist seit 03. November 1999 der Ehemann der Klägerin alleiniger Geschäftsführer. Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) ist die Ausführung aller dem Stuckateurhandwerk zugeordneten Arbeiten, die Durchführung von Bausanierungen und Fassadenverkleidungen, der Gerüstbau sowie der Vertrieb und Einbau von Baustoffen und Bauelementen aller Art, insbesondere auch von Trockenbauelementen (§ 2 Satz 1 des Gesellschaftsvertrags).

Die Klägerin schloss mit der Beigeladenen zu 1) den Anstellungsvertrag vom 01. Februar 1999, in welchem die Klägerin als Angestellte bezeichnet wurde. Die Klägerin wurde ab 01. Februar 1999 als kaufmännische Angestellte beschäftigt. Ihr Tätigkeitsgebiet umfasste in der Beigeladenen zu 1) vorkommende kaufmännische Arbeiten, soweit diese nicht von anderen Angestellten wahrgenommen werden (§ 1 Satz 1). Der Vertrag enthält folgende weitere Bestimmungen:

§ 2 Laufzeit

Die Laufzeit dieses Vertrags ist unbestimmt. Der Vertrag kann von beiden Seiten unter Einhaltung einer Kündigung von drei Monaten auf das Monatsende gekündigt werden. Das Dienstverhältnis kann bei Vorliegen eines wichtigen Grundes im Sinne des Arbeitsrechts schon vor Ablauf der Kündigungsfrist nach Absatz 1 beendet werden. Die Kündigung bedarf in jedem Falle der Schriftform

§ 3 Vergütung

Die Angestellte erhält ein monatliches Bruttogehalt von DM 3.000,00, in Worten: dreitausend Deutsche Mark. Die Angestellte erhält zusätzlich eine jährliche Sonderzahlung in Höhe eines monatlichen Bruttogehalts. Ferner erhält die Angestellte vermögenswirksame Leistungen in Höhe von monatlich DM 87,00, diese beginnend ab 01. März 1999 sowie die Beiträge zu einer Direktversicherung in Höhe von jährlich DM 3.408,00, die auch beitragsanteilig monatlich gezahlt werden können, beginnend ab 01. Juli 1999.

§ 4 Arbeitszeit, Urlaub und Krankheit

Die Arbeitszeit beträgt wöchentlich 25 Stunden. Klarstellend wird bemerkt, dass es sich um eine Teilzeitanstellung handelt. Die Angestellte hat Anspruch auf einen kalenderjährlichen Urlaub von 30 Arbeitstagen. Der Urlaub ist im Einvernehmen mit der Gesellschaft festzulegen. Im Jahr des Eintritts der Angestellten in die Gesellschaft hat sie lediglich zeitanteiligen Urlaubsanspruch. Falls die Angestellte in der Ausübung

ihrer Tätigkeit durch Krankheit verhindert ist, hat sie Anspruch auf Lohnfortzahlung nach den gesetzlichen Vorschriften.

Durch "Nachtrag" vom 01. April 2003 wurde die wöchentliche Arbeitszeit auf 15,5 Stunden verringert bei einem Bruttoentgelt von EUR 950,00. Vom 01. April bis 31. Juli 2001 bezog die Klägerin Arbeitslosengeld aufgrund eines in der Zeit vom 01. Februar 1999 bis 31. März 2001 bestehenden Beschäftigungsverhältnisses bei der Beigeladenen zu 1) (Schreiben der Agentur für Arbeit R. vom 23. Dezember 2005 an die Beklagte).

Mit Vertrag vom 01. Januar 1998 und "Nachtrag" vom 28. Dezember 2000 verpachtete die Klägerin Lagerräume und einen Büroraum an die Beigeladene zu 1) zu einem Pachtzins von DM 5.500,00, ab 01. Januar 2001 von DM 6.200,00 jeweils zuzüglich gesetzlicher Umsatzsteuer. Am 28. Januar 2005 räumte die Beigeladene zu 1) der Klägerin Konto- und Depotvollmacht ein; zusammen mit dem Ehemann übernahm sie Bürgschaften in Höhe von DM 200.000,00, weiteren EUR 60.000,00 sowie für Kredite in laufender Rechnung in Höhe von EUR 100.000,00 (zuletzt Vertrag vom 06. Oktober 2003).

Unter dem 27. April 2005 reichte die Klägerin den Antrag auf sozialversicherungsrechtliche Beurteilung zusammen mit dem formularmäßigen Feststellungsbogen vom selben Tag ein. Sie sei als kaufmännische Leiterin tätig, sei hohe Bürgschaften eingegangen und habe zusätzliche Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung des Betriebsgrundstücks und Betriebsgebäudes. Auch sei sie nicht weisungsgebunden. In dem Feststellungsbogen gab sie u. a. an, die Arbeitszeit werde nach Bedarf eingesetzt. Ihre Tätigkeit umfasse die komplette Verantwortung des kaufmännischen Bereichs. Es bestehe ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber. Das Arbeitsentgelt werde regelmäßig gezahlt und auf ein privates Bankkonto überwiesen, für das sie verfügungsberechtigt sei. Vom Arbeitsentgelt werde Lohnsteuer entrichtet und das Arbeitsentgelt werde als Betriebsausgabe gebucht. Die Mieteinnahmen betragen derzeit "DM 6.200,00". Weiter machte die Klägerin geltend (Schriftsätze vom 08. Juli und 27. September 2005), sie sei mitarbeitende Ehefrau, jedoch nicht Gesellschafterin oder Geschäftsführerin. Da es sich um eine Familien-GmbH handle, bestünden keine faktischen Unterschiede zu Angehörigen eines Einzelunternehmers. Aufgrund der Gesamtumstände fehle es an Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in den Betrieb. Wegen des Bezugs von Leistungen der Arbeitslosenversicherung vom 01. April bis 31. Juli 2001 forderte die Beklagte die Klägerin auf, den Arbeitsvertrag für die Zeit ab 01. August 2001 zu übersenden, was nicht erfolgte. Die Beklagte wies des Weiteren darauf hin, die Klägerin habe vom 17. Juni bis 06. Oktober 2002 und vom 14. Januar bis 31. März 2003 Krankengeld bezogen. Die von der Beigeladenen zu 2) durchgeführte Betriebsprüfung vom 17. November 2005 erbrachte (wie bereits die Betriebsprüfung vom 16. Juli 2001) keine Feststellungen. Die Beigeladene zu 2) teilte auf Anfrage der Beklagten mit, sie gehe von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis aus. Durch Bescheid vom 20. April 2006 stellte die Beklagte fest, dass die Klägerin vom 01. Februar 1999 bis 31. März 2001 sowie ab dem 01. August 2001 jeweils in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 1) stand bzw. steht. Es bestehe arbeitnehmertypische Eingliederung in den Betrieb. Auf flexible Arbeitszeitregelungen komme es nach heutigen Gegebenheiten nicht wesentlich an. Die Klägerin erhalte eine gleichbleibende monatliche Vergütung. Die wöchentliche Arbeitszeit sei festgeschrieben, ebenso Urlaub und Entgeltfortzahlung. Immerhin seien Sozialleistungen in Anspruch genommen worden, sodass aufgrund der Angaben der Klägerin und des Arbeitgebers von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen worden sei. Ein echtes unternehmerisches Risiko sei nicht eingegangen. Die Überlassung von Betriebsgrundstücken, Betriebsgebäuden und/oder Betriebsanlagen zum im Wesentlichen marktüblichen Pachtzins stelle kein Indiz für die Übernahme eines Unternehmerrisikos dar.

Die Klägerin erhob Widerspruch. Infolge selbstschuldnerischer Bürgschaftsübernahme habe sie ein nicht unerhebliches Risiko auf sich genommen. Sofern ein Weisungsrecht bestanden habe, sei hiervon tatsächlich keinerlei Gebrauch gemacht worden. Diese "gelebte Praxis" müsse den Vorrang haben. Das Unternehmen habe auf den Schultern beider Eheleute gelastet. Rein formale Indizien könnten nicht für eine versicherungspflichtige Tätigkeit sprechen. Vielmehr sei die Betätigung ausnahmslos arbeitsteilig gestaltet. Der Widerspruchsausschuss der Beklagten erließ den zurückweisenden Widerspruchsbescheid vom 04. Juli 2006. Die Möglichkeit maßgebender Einflussnahme auf die Geschicke der Beigeladenen zu 1) sei aufgrund fehlender Kapitalbeteiligung nicht vorhanden. Damit fehle das für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit wesentliche Indiz Unternehmerrisiko. Dann aber stehe die freie Gestaltung der Arbeitszeit einer versicherungspflichtigen Beschäftigung nicht entgegen. Mangels Branchenkenntnisse im Stuckateurhandwerk könne die Klägerin die Tätigkeit auch nicht völlig frei gestalten. Die Zahlung eines festen Gehalts sowie der Anspruch auf Entgeltfortzahlung und Urlaub seien Indizien für eine abhängige Beschäftigung. Auch habe sie Entgeltersatzleistungen in Anspruch genommen. Die Übernahme von Bürgschaften, die Gewährung von Darlehen und die Überlassung von Mietobjekten seien ebenfalls kein Indiz für ein Unternehmerrisiko.

Hiergegen erhob die Klägerin am 28. Juli 2006 zum Sozialgericht Karlsruhe (SG) Klage. Sie verblieb dabei, bei der hier gegebenen Familienbindung könne es - anders als bei einem echten Fremdgeschäftsführer - auf die fehlende Kapitalbeteiligung nicht ankommen. Bei der gegebenen Gestaltungsfreiheit fehle es an einer Eingliederung in den Betrieb. Es fehle jede dienstbereite Unterwerfung unter Weisungen des Arbeitgebers. Allein die formellen Merkmale wie Vereinbarung von Entgeltfortzahlung und Urlaub sowie Bezug von Krankengeld und Arbeitslosengeld könnten der eindeutigen materiellen Rechtslage nicht entgegengehalten werden. Immerhin hätten auch die Prüfstellen keinerlei Erklärungen oder Orientierungshilfen gegeben.

Die Beklagte trat der Klage entgegen und verwies auf den Abschluss des schriftlichen Anstellungsvertrags, die Regelung einer wöchentlichen Arbeitszeit und eines festen Gehalts, die langjährige unwidersprochene Praxis der Beitragsabführung sowie die Inanspruchnahme von Entgeltersatzleistungen. Auch verbleibe es dabei, dass die Klägerin über fundierte Berufserfahrungen im einschlägigen Handwerk nicht verfüge und damit letztlich den beherrschenden Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nicht nachweislich ausüben könne. Das finanzielle Engagement müsse dann aber unerheblich bleiben.

Durch Beschluss vom 27. November 2006 lud das SG die F. G.- und T. GmbH (Beigeladene zu 1)), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 2)) und die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 3)) zum Verfahren bei. Die Beigeladenen äußerten sich zur Sache nicht.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung vom 29. März 2007 hörte das SG die Klägerin und den Ehemann zur Sache an. Auf die Niederschrift (Bl. 136/142 der SG-Akte) wird Bezug genommen. Durch Urteil vom 29. März 2007 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, die Klägerin übe die typischen Aufgaben einer abhängig beschäftigten kaufmännischen Leiterin aus. Im Familienbetrieb könne die Weisungsabhängigkeit weniger stark ausgeprägt sein. Die Betätigung der Klägerin bestehe jedoch letztlich in der Umsetzung der vom Ehemann vorgegebenen Umstände. Ebenso könne sie Bankgeschäfte nicht uneingeschränkt tätigen. Die Klägerin bleibe in einen

vorgegebenen Rahmen des Unternehmens, dessen Hauptgegenstand das Stuckateurhandwerk und nicht der kaufmännische Bereich sei, eingegliedert. Sie unterscheide sich damit nicht von einem leitenden Angestellten. Bei Beschäftigungen innerhalb der Familie sei es typisch, dass die wöchentliche Arbeitszeit nicht nach starren Regeln wie bei einem Fremdbeschäftigungsverhältnis festgelegt sei. Für eine abhängige Beschäftigung spreche das feste Gehalt. Entgeltfortzahlung und Urlaub seien einvernehmlich vereinbart. Die Gewährung von Sicherheiten sei aus Gründen familiärer Verbundenheit erfolgt und nicht Ausdruck eines Unternehmerrisikos. Wenn schließlich sogar ein Geschäftsführer ohne Gesellschaftsanteile oder Sperrminorität im Regelfall abhängig beschäftigt sei, könne hier kein anderer Maßstab anzulegen sein.

Gegen das am 03. Mai 2007 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 07. Mai 2007 beim Landessozialgericht Berufung eingelegt. Sie trägt zur Begründung vor, es dürfe nicht unterstellt werden, der Ehemann behalte sich einen regelmäßigen Einfluss auf die Betätigung im Einzelnen vor. Auch könne man nicht von Sachzwängen auf vorgegebene zeitliche Rahmenbedingungen schließen. Die vom Unternehmen am Markt angebotene Ware oder Dienstleistung bedürfe zwingend einer kaufmännischen Organisation, deren Ausgestaltung vorrangig betriebswirtschaftlich zu bewerten sei. Ein Über-/Unterordnungsverhältnis gebe es nicht. Es handle sich um schlichte Arbeitsteilung zur Verfolgung gemeinsamer Ziele. In diesem Interesse würden die beiderseitigen Möglichkeiten und Kräfte zusammengelegt und auf diese Weise die Mittel erwirtschaftet. Mithin könne man nicht mehr von Fremdbestimmung sprechen. Hiergegen sprächen auch die erheblichen Bürgschaftsverpflichtungen. Die Motive hierfür könnten nicht einfach auf familiäre Verbundenheit reduziert werden. Vielmehr gehöre dies zur gemeinschaftlichen Ausrichtung und Vorgehensweise der Eheleute. Auf die Rechtsprechung zu Geschäftsführern könne nicht zurückgegriffen werden.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Karlsruhe vom 29. März 2007 aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 20. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 04. Juli 2006 festzustellen, dass die Klägerin vom 01. Februar 1999 bis 31. März 2001 sowie ab 01. August 2001 bei der Beigeladenen zu 1) nicht versicherungspflichtig tätig war und ist.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil und ihre Bescheide für zutreffend.

Der Berichterstatter hat mit Beschluss vom 01. Oktober 2008 die Pflegekasse der Beklagten (Beigeladene zu 4)) beigeladen.

Die Beigeladenen zu 1), 2) und 3) haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt. Die Beigeladene zu 4) schließt sich dem Antrag der Beklagten an.

Zur weiteren Darstellung wird auf den Inhalt der Berufungsakten, der Klageakten und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung der Klägerin ist in der Sache nicht begründet. Das SG hat im angefochtenen Urteil die Klage zu Recht abgewiesen und dargelegt, dass der Bescheid der Beklagten vom 20. April 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 04. Juli 2006 rechtmäßig ist. Die Klägerin übte und übt ihre Tätigkeit im Unternehmen der Beigeladenen zu 1), deren Alleingesellschafter seit Dezember 1999 ihr Ehemann ist, vom 01. Februar 1999 bis 31. März 2001 sowie ab 01. August 2001 als versicherungspflichtig Beschäftigte aus.

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1](#) erster Halbsatz des Vierten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war und ist hier die Beklagte als Trägerin der gesetzlichen Krankenversicherung. Nachdem diese auf entsprechende Anfrage der Klägerin ein Verwaltungsverfahren zur Feststellung der Sozialversicherungspflicht eingeleitet hat, scheidet das Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) aus, für das die Beigeladene zu 2) zuständig wäre. Deren Zuständigkeit, die eine solche der Beklagten ausschliesse, ergibt sich hier noch nicht aus [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Artikel 4 Nr. 3 des Vierten Gesetzes für moderne Dienstleistungen am Arbeitsmarkt vom 24. Dezember 2003 ([BGBl. I S. 2954](#)). Nach dieser Bestimmung hat die Einzugsstelle einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Angehöriger des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Nach [§ 28a Abs. 3 Satz 2 Nr. 1 Buchst. d SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 30. März 2005 durch Artikel 1 Nr. 6 Buchst. d des Gesetzes zur Vereinfachung der Verwaltungsverfahren im Sozialrecht (Verwaltungsvereinfachungsgesetz) vom 21. März 2005 ([BGBl. I S. 818](#)), müssen die Meldungen enthalten für jeden Versicherten insbesondere bei der Anmeldung die Angabe, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner, seit 01. Januar 2008 auch als Abkömmling (erweitert durch Artikel 15 des Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007, [BGBl. I S. 3024](#)) besteht. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Ehegatten damit erst bei Anmeldungen durchzuführen, die ab dem 30. März 2005 bei den Einzugsstellen erfolgen. Die Anmeldung der Klägerin erfolgte vor diesem Zeitpunkt, nämlich mit Beginn der jetzigen Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) zum 01. Februar 1999 und nach dem Bezug von Arbeitslosengeld erneut ab 01. August 2001.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) des Fünften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) des Dritten Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB III) sowie in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) des Elften Buches des Sozialgesetzbuchs (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene

Unternehmerisiko, 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht [BVerfG] [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl. BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 16).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff.; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17).

Hierbei hat das BSG in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, Urteile vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06](#) - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -, jeweils veröffentlicht in juris). Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall kann z.B. bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die z.B. dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt. Hiervon ist insbesondere bei demjenigen auszugehen, der - obwohl nicht maßgeblich am Unternehmenskapital beteiligt - aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte des Unternehmens nach eigenem Gutdünken führt (vgl. BSG, Urteil vom 08. Dezember 1987 - [7 RAr 25/86](#) -, veröffentlicht in juris). Dies bedeutet aber nicht, dass jede familiäre Verbundenheit zum Ausschluss eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses führt. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist vielmehr ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen ([BSGE 3, 30](#), 39 f.; [17, 1](#), 7 f.; [74, 275](#), 278 f.; BSG [SozR 2200 § 165 Nr. 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Bei der Beschäftigung eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem gegebenenfalls abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -, veröffentlicht in juris). Weitere Abgrenzungskriterien sind nach der Rechtsprechung, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag geschlossen 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 Beschäftigungsverhältnisses nicht erforderlich, dass der Beschäftigte wirtschaftlich auf das Entgelt angewiesen ist (BSG [SozR 3-2500 § 5 Nr. 17](#)). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht grundsätzlich auch nicht entgegen, dass die Abhängigkeit in der Familie im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird ([BSGE 34, 207](#), 210; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr. 11](#)).

Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen nach dem Anstellungsvertrag vom 01. Februar 1999 in der Fassung des Nachtrags vom 01. April 2003 und dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit. Trotz der von der Klägerin schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung der Tätigkeit überwiegen aus den im Folgenden darzulegenden Gründen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Schon das Vertragsverhältnis aufgrund des Anstellungsvertrags vom 01. Februar 1999 in der Fassung des Nachtrags vom 01. April 2003 zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 1) erlaubt eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Dieser Anstellungsvertrag enthält typische Regelungen für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Klägerin wird ausdrücklich als "Angestellte" bezeichnet. Sie hat ihre ganze Arbeitskraft der Beigeladenen 1) zur Verfügung zu stellen (§ 1). Der Anstellungsvertrag enthält Regelungen zur Vergütung in Höhe eines monatlichen Bruttogehalts von DM 3.000,00, geändert durch den Nachtrag auf EUR 950,00, zu einer jährlichen Sonderzahlung in Höhe eines monatlichen Bruttogehalts, zum Anspruch auf vermögenswirksame Leistungen sowie auf Beiträge zu einer Direktversicherung (§ 3). Eine Bestimmung, dass die Vergütungsbestandteile insgesamt oder auch nur einzelne von der Ertragslage des Unternehmens abhängig sind, enthält der Anstellungsvertrag nicht. Des Weiteren ist die Arbeitszeit mit wöchentlich 25 Stunden, ab 01. April 2003 mit 15,5 Stunden, ein Urlaubsanspruch von kalenderjährlich 30 Arbeitstagen sowie die Fortzahlung des Arbeitsentgelts nach den gesetzlichen Vorschriften geregelt (§ 4).

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint (§ 118 des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts (§ 117 BGB) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass der Anstellungsvertrag aus steuerrechtlichen Gründen geschlossen worden ist. Dies erfordert es aber nicht, ihn bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition der Klägerin, die

Wirkungen eines wirksamen Vertrages nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 20). Umgekehrt gilt vielmehr, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist (BSG, a.a.O.). Aus diesem Grund vermag auch die Behauptung, der Vertrag sei nicht gelebt worden, nicht durchzugreifen.

Des Weiteren wurde und wird die Tätigkeit der Klägerin seit 01. Februar 1999 einvernehmlich wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Die Klägerin erhielt und erhält das arbeitsvertraglich vereinbarte regelmäßige monatliche Bruttoentgelt von zunächst DM 3.000,00, das sich ab 01. April 2003 nach Verminderung der Arbeitszeit auf EUR 950,00 änderte. Hinzu kommen eine jährliche Sonderzahlung, vermögenswirksame Leistungen und Beiträge zu einer Direktversicherung. Diese Vergütungspraxis entspricht typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Das monatliche Bruttoentgelt stellt nicht nur ein geringfügiges Taschengeld dar, sondern vielmehr den Gegenwert für die Arbeit, die die Klägerin im Unternehmen der Beigeladenen zu 1) verrichtet. Aus diesem Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe verbucht wurde, werden von Anfang an Steuern und Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt. Die Verbuchung des gezahlten Arbeitsentgelts als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein Indiz für eine abhängige Beschäftigung (vgl. schon BSG SozR Nr. 22 zu § 165 RVO). Zu Beginn der Beschäftigung hat offenbar kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger prüfen zu lassen. Dies ist aus dem Umstand zu schließen, dass die Klägerin zur Sozialversicherung angemeldet wurde. Hiergegen kann nicht eingewandt werden, die Meldungen zur Sozialversicherung durch die Beigeladene zu 1) seien aus bloßer Unkenntnis der Geschäftsführer erfolgt, weil diese nicht darüber aufgeklärt worden seien, dass es auch noch andere Möglichkeiten, außer der Meldung zur Sozialversicherung gegeben habe. Die Anmeldung der Klägerin zur Sozialversicherung und die fortlaufende Beitragsentrichtung zeigt, dass die Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), insbesondere der Ehemann der Klägerin, seine eigene rechtliche Stellung innerhalb des Betriebs anders beurteilt hat als die der Klägerin und insoweit keine Gleichrangigkeit bzw. Gleichberechtigung gesehen hat.

Das gezahlte feste Arbeitsentgelt ist unabhängig von der Ertragslage und dem Gewinn der Beigeladenen zu 1). Denn es blieb über die Jahre unverändert. Mithin war nicht beabsichtigt, die Klägerin über das von ihr bezogene Entgelt auch nur ansatzweise oder geringfügig an Gewinn oder Verlust des Unternehmens zu beteiligen, zumal dies wie dargelegt auch im Anstellungsvertrag nicht vereinbart ist. Damit war die Klägerin nicht am - im Sinne des vom Senat regelmäßig wesentlich gewichteten Kriteriums - Unternehmerrisiko 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. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) - RdNr. 26). Das Vorbringen im Berufungsverfahren ändert nichts daran, dass es an jeglicher finanzieller Beteiligung der Klägerin an der Beigeladenen zu 1) fehlt. Wenn aber in finanzieller Hinsicht eine formale Beteiligung fehlt, würde die Annahme eines Unternehmerrisikos jedenfalls voraussetzen, dass eine für eine abhängige Beschäftigung unübliche Vereinbarung oder tatsächliche Handhabung der Gestalt und Zahlung der Vergütung bestünde, die den Schluss zuließe, dass bei entsprechend schlechter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens die Vergütungsforderung in der bisherigen Höhe nicht durchgesetzt werden könne. Dies ist bei einer über Jahre gleich bleibenden und vom Ertrag des Unternehmens unabhängigen Vergütung nicht der Fall. Dass der zukünftige längerfristige Erfolg des Unternehmens von Fähigkeiten und Engagement der Klägerin abhängt, unterscheidet deren Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge sich für das Fortkommen des Unternehmens einsetzen. Auch dass - ebenso wie bei leitenden Angestellten - der Fortschritt des Unternehmenserfolgs bereits kurzfristig zu Gratifikationen führen kann, macht die Tätigkeit nicht zu einer selbständigen, solange solche günstigen Änderungen nicht konkret verhandelt und durchgesetzt sind.

Gegenüber diesen fixen Entgeltbedingungen vermag die Klägerin ihren Anteil an den unternehmerischen Dispositionen nicht entscheidend ins Feld zu führen. Zwar mag der Erfolg des Geschäfts und dessen mögliche Expansion tatsächlich wesentlich auf ihrem Arbeitseinsatz beruhen. All dies vollzieht sich aber im Rahmen der alleinigen Unternehmerschaft der Beigeladenen zu 1). Wäre die Klägerin nicht Ehefrau des Alleingesellschafters und Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1), sondern eine Fremde unter Akzeptanz gleicher Arbeits- und Entgeltbedingungen, wäre die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit nicht vorstellbar. Die Klägerin gehört nicht einer eigenen Handelsgesellschaft oder einer eigenen juristischen Person des Gesellschaftsrechts an. Sie ist nicht an eigener Betriebsstätte tätig. Ebenso wenig besteht eine freie Mitarbeit, nachdem die Klägerin Wert darauf legt, mit ihrer vollen Arbeitskraft, auch überobligatorisch dem Unternehmen zu dienen.

Eine Rechtsgrundlage, die ihre weitgehende Dispositionsfreiheit rechtfertigen würde, ist nicht erkennbar. Der Ehemann als Alleingesellschafter und Geschäftsführer hätte es in der Hand, hindernd in die Freiheiten der Klägerin einzugreifen und diese damit "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn er aufgrund von Fähigkeiten und Fertigkeiten der Klägerin dies weitgehend unterlässt, unterscheidet sich die Situation nicht wesentlich von derjenigen eines Minderheitsgesellschafters, dem von der Mehrheit trotz bestehender Rechtsmacht freie Hand gelassen wird (vgl. hierzu BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr. 4](#)).

Das Kriterium der Weisungsgebundenheit hilft nur begrenzt bei der Beurteilung, ob eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit vorliegt. So ist insbesondere die inhaltliche oder fachliche Weisungsbefugnis bei hochqualifizierten Tätigkeiten eingeschränkt. Hierzu gehört die Leitung eines Unternehmens, wie sie die Klägerin im Betrieb des Beigeladenen zu 1) als kaufmännische Leiterin ausübt. Zudem kann auch die Tätigkeit eines Selbstständigen Bindungen und Weisungen eines Auftraggebers unterliegen. Auch der selbstständige Auftragnehmer (z.B. Handelsvertreter) steht in einem ständigen Vertragsverhältnis zu seinem Auftraggeber, dessen Interessen er wahrzunehmen hat.

Ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin der Beigeladenen zu 1) Betriebsgrundstück und Betriebsgebäude für einen monatlichen Pachtzins von zuletzt "DM 6.200,00" zur Verfügung stellt und für Kredite mithaftet. Bei der Vermietung handelt es sich um eine feste Entgeltgröße, die mit keinem höheren Risiko verbunden ist als diejenige fremder Vermieter. Betreffend Bürgschaft und Haftung für Kredite handelt es sich um das Risiko ihres privaten Vermögens, das im Hinblick auf die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Anhaltspunkte in den Hintergrund tritt. Die Gewährung von Darlehen - und damit das Haftungsrisiko - unter Eheleuten ist nicht mit der Gewährung eines Darlehens durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, zu vergleichen (vgl. hierzu etwa Senatsurteil vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) -, veröffentlicht in juris). Eheleute haben in der Regel ein gesteigertes beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Hieraus ergibt sich aber

nicht ein Unternehmerrisiko. Dies zeigt sich wiederum maßgeblich darin, dass die Klägerin unabhängig vom wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens ihre feste monatliche Vergütung erhält. Mit dieser Vergütung wird die Tätigkeit als solche entgolten.

Ein Ausnahmefall, dass trotz fehlender Kapitalbeteiligung an einer GmbH ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht anzunehmen ist, ist nicht gegeben. Die Klägerin kann die Geschäfte der Beigeladenen zu 1) nicht nach eigenem Gutdünken führen. Ihr Ehemann als Alleingesellschafter und Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bestimmt nach wie vor die handwerklichen Geschäfte und damit den hauptsächlichen Unternehmenszweck.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193](#) des Sozialgerichtsgesetzes.

Zur Zulassung der Revision bestand kein Anlass.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2008-10-19