

## L 11 KR 3666/08

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
11  
1. Instanz  
SG Konstanz (BWB)  
Aktenzeichen  
S 2 KR 3309/05  
Datum  
20.03.2008  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 11 KR 3666/08  
Datum  
26.01.2010  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen  
-  
Datum  
-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 20. März 2008 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger vom 01. Januar 1993 bis 29. Februar 2004 bei dem Einzelunternehmen "V. a V." der V. D., seiner Ehefrau (Beigeladene zu 1), gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Der Kläger, geboren am 10. April 1962 und gelernter Maschinenbautechniker, ist mit der am 18. April 1964 geborenen Beigeladenen zu 1), einer gelernten Einzelhandelskauffrau, verheiratet. Er war bis Ende Dezember 1992 versicherungspflichtig bei einer Zahnradfirma in F. beschäftigt und war vom 01. Januar 1993 bis einschließlich 29. Februar 2004 Mitglied bei der Beklagten. Seit dem 01. März 2004 ist er Mitglied bei der BKK G. S ...

Die Beigeladene zu 1) gründete zum 1. April 1991 die Firma "V. a V." in F., K.-Straße ..., als Einzelunternehmen. Betriebsgegenstand ist der Handel mit Damen- und Herrenbekleidung sowie mit Schuhen und Accessoires. Der Mietvertrag für das Geschäft in der K.-Straße ... wurde von der Beigeladenen zu 1) geschlossen. Mittlerweile verfügt die Beigeladene zu 1) über drei weitere Filialen in F ... Nach Angaben gegenüber dem Sozialgericht Konstanz (SG) beträgt der jährliche Umsatz 1,7 Mio EUR. Der Kläger und die Beigeladene zu 1) haben zwei Kinder; das erste wurde ca. drei Wochen nach Betriebseröffnung geboren, das zweite im Januar 1999.

Der Kläger war von der Beigeladenen zu 1) seit 01. Januar 1993 bei der Beklagten als zuständige Einzugsstelle als sozialversicherungspflichtiger Beschäftigter mit einem Bruttogehalt von jährlich 56.000,00 DM angemeldet. Er erhielt ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt von zuletzt 2.300,00 EUR, das als Betriebsausgabe gebucht wurde und von dem Lohnsteuer sowie an die Beklagte als Einzugsstelle Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt wurden. Der Kläger ist nach eigenen Angaben seit dem 01. Januar 1993 mit der Geschäftsführung beauftragt.

Unter dem 17. Juni 2005 teilte die BKK G. S. dem Kläger mit, dass die versicherungsrechtliche Beurteilung ergeben habe, dass er versicherungsrechtlich nicht als Arbeitnehmer anzusehen sei und deshalb in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung ab 01. März 2004 nicht der Versicherungspflicht unterliege. Für die Befreiung vor dem 01. März 2004 wurde er gebeten, sich mit der Vorkasse in Verbindung zu setzen.

Am 29. Juni 2005 ging bei der Beklagten über einen Rechtsanwalt des Klägers der Antrag der Firma B. S.-C. GmbH auf Prüfung der Versicherungspflicht des Klägers für den Beurteilungszeitraum ab 01. Januar 1993 ein. Es wurde dargelegt, dass der Kläger im Betrieb der Beigeladenen zu 1) nicht wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert und nicht dem Weisungsrecht des Arbeitgebers bezüglich Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsausführung unterliege. Er übe eine leitende und anleitende Aufgabe aus. Die leitenden Arbeitsaufgaben würden gemeinsam mit der Geschäftsleitung definiert. Somit habe der Kläger einen größeren Kompetenzbereich bei der Umsetzung betrieblicher Belange als ein fremder Arbeitnehmer, der an Weisungen bezüglich der Art und den Ort der Tätigkeit gebunden sei. Er sei des Weiteren alleinvertretungsberechtigt, verfüge frei über alle Geschäftskonten und sei dementsprechend unterschriftsberechtigt. Zudem habe er ein Darlehen in Höhe von 70.000,00 EUR für die Firma mitaufgenommen und er bürge in Höhe von 289.084,93 EUR zur Sicherung von Firmenkrediten. Dies zeige, dass er unternehmerische Risiken mitzutragen habe. Als Geschäftsführer habe er ein weiteres Ladengeschäft eröffnet und habe diesbezüglich auch einen Mietvertrag auf seinen Namen abgeschlossen. Der für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis

typische Interessengegensatz zwischen Arbeitnehmer und Arbeitgeber sei vorliegend nicht gegeben. Aufgrund der Übernahme von unternehmerischen Risiken habe er maßgeblichen Einfluss auf den Betrieb der Beigeladenen zu 1). Außerdem sei ein Arbeitsvertrag nicht geschlossen worden. Zur weiteren Begründung legte der Kläger ua den Jahresabschluss zum 31. Dezember 2002 der Firma V. D. V. a V., die Bürgschaftsverträge vom 20. November 1997 (Betrag von 210.000,00 DM), vom 06. Juli 1999 (Betrag von 52.500,00 DM), vom 26. Februar 2004 (Betrag von 120.000,00 EUR) und vom 18. April 2005 (Betrag von 95.000,00 EUR), die Darlehensverträge der Beigeladenen zu 1) vom 20. November 1997 (Darlehenssumme: 110.000,00 DM) und 05. Juli 1999 (Darlehenssumme 52.500,00 DM), den Kontokorrentkredit der Beigeladenen zu 1) vom 26. Februar 2004 in Höhe von 120.000,00 EUR, die Darlehensverträge der Beigeladenen zu 1) vom 18. April 2005 (Darlehenssummen 45.000,00 EUR und 50.000,00 EUR), den gemeinsamen Darlehensvertrag des Klägers und der Beigeladenen zu 1) vom 26. Februar 2004 (Darlehenssumme 70.000,00 EUR), den Mietvertrag zwischen Frau R. und dem Kläger vom 18. September 2004 über die Anmietung von Ladenfläche in der W.-Straße ... in F. sowie den Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen vom 27. April 2005 vor. Im Feststellungsbogen gab der Kläger zusammen mit der Beigeladenen zu 1) an, er sei seit 01. Januar 1993 laufend als Geschäftsführer beschäftigt und er habe ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt in Höhe von brutto 2.300,00 EUR erhalten, das dem tariflichen bzw dem ortsüblichen Lohn oder Gehalt entspreche und auf ein privates Bankkonto überwiesen werde, für das er Verfügungsberechtigt sei. Vom Arbeitsentgelt sei Lohnsteuer entrichtet worden und das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht worden. Bei Arbeitsunfähigkeit werde das Arbeitsentgelt für sechs Wochen fortgezahlt. Er sei nicht wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert und unterliege auch nicht Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit und habe seine Tätigkeit frei bestimmen und gestalten können. Zudem wirke er bei der Führung des Betriebs mit, sodass ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber bestehe. Auch sei ein Urlaubsanspruch bzw eine Kündigungsfrist nicht vereinbart worden. Am Betrieb sei er jedoch nicht beteiligt. Er habe dem Betriebsinhaber Darlehen in Höhe von 70.000,00 EUR gewährt und Bürgschaften in Höhe von 162.500,00 DM sowie in Höhe von 215.000,00 EUR übernommen. Er trug ergänzend vor, dass er an sechs Tagen in der Woche arbeite und ca zehn bis zwölf Stunden in den zur Firma gehörenden Läden verbringe. Diese Mehrarbeit werde nicht entsprechend vergütet.

Mit Bescheid vom 22. Juli 2005 stellte die Beklagte fest, dass er während seiner Mitgliedschaft zu Recht als abhängig Beschäftigter geführt worden sei. Auch die am 23. August 2004 durchgeführte Betriebsprüfung für den Zeitraum vom 01. Januar 2000 bis 03. August 2004 habe keine Beanstandung ergeben. Der Kläger habe monatliches Entgelt bezogen, das ortsüblich gewesen und von dem Lohnsteuer entrichtet worden sei. Auch sei das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe gebucht worden. Der vorgelegte Mietvertrag ändere hieran nichts, da dieser erst mit Beginn vom 01. Januar 2005 an geschlossen worden sei. Auch seien die übernommenen Darlehen bzw Bürgschaften nicht entscheidungsrelevant. Das Unternehmerrisiko werde nicht von ihm, sondern von der Beigeladenen zu 1), die Einzelinhaberin der Firma sei, getragen.

Mit seinem hiergegen gerichteten Widerspruch machte der Kläger geltend, es komme nicht darauf an, dass er als versicherungspflichtig gemeldet worden sei. Dem Arbeitgeber könne nicht zugemutet werden, dass er über so viel Fachwissen verfüge, um derart komplizierte Sachverhalte fehlerfrei beurteilen zu können. Auch die bereits durchgeführte Betriebsprüfung ändere hieran nichts. In den Prüfungen sei lediglich der Lohnsteuerprüfbericht in beitragsrechtlicher Hinsicht ausgewertet worden. Sein Versicherungsverhältnis sei nicht explizit geprüft worden. Die Mitarbeiter in den Ladenlokalen sähen ihn gleichberechtigt mit der Beigeladenen zu 1) als Chef an und würden von ihm Weisungen entgegennehmen. Zudem gebe es weder Vereinbarungen über die Gewährung von Urlaub, von vermögenswirksamen Leistungen, Sonderzuwendungen oder über eine betriebliche Altersvorsorge. Er trage ein sehr hohes finanzielles Risiko, da er privat ruiniert sei, wenn sich die Firma nicht positiv entwickle. Dies habe im Übrigen die BKK G. S. ebenso gesehen.

Die Widerspruchsstelle der Beklagten wies den Widerspruch des Klägers zurück (Widerspruchsbescheid vom 30. November 2005). Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger sei weder Mitinhaber noch liege eine Mitunternehmerschaft vor, sodass er auch kein Unternehmerrisiko trage. Eine familienhafte Mithilfe scheide aus, da er ein ortsübliches Gehalt beziehe und damit ein wesentliches Kriterium der Arbeitnehmereigenschaft erfülle. Darüber hinaus sei der Großteil der Bankbürgschaften und der Darlehensübernahme erst nach dem Kassenwechsel erfolgt, sodass dies für den vorliegenden Zeitraum ohne Belang sei. Entsprechendes gelte für den erst am 18. September 2004 abgeschlossenen Mietvertrag. Auch habe die Beigeladene zu 1) stets die erforderlichen Meldungen nach der DEÜV erstellt, die den Kläger als abhängig Beschäftigten ausgewiesen hätten. Es müsse davon ausgegangen werden, dass die damaligen Meldungen ordnungsgemäß erstellt worden seien und auch den tatsächlichen Verhältnissen entsprochen hätten. Der von der Beigeladenen zu 1) im Jahr 1993 durchgeführten versicherungsrechtlichen Beurteilung werde im vorliegenden Fall höheres Gewicht beigemessen, als der nunmehr vorgetragenen Schilderung von abweichenden Verhältnissen. Zudem seien vom Arbeitsentgelt Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet worden und es sei als Betriebsausgabe gebucht worden. Hinzu komme, dass die Abhängigkeit unter Familienangehörigen im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt sei als in Betrieben außerhalb eines Familienverbundes.

Hiergegen erhob der Kläger am 19. Dezember 2005 beim SG Klage. Er wiederholte sein bisheriges Vorbringen und trug ergänzend vor, die DEÜV-Meldungen seien nicht maßgeblich. Vielmehr komme es auf die tatsächlichen Verhältnisse an. Die Beigeladene zu 1) sei nur selten im Geschäft, da sie sich um den Haushalt und die zwei minderjährigen Kinder kümmere. Er kümmere sich hingegen um die betrieblichen Belange in den Filialen und entscheide selbstständig über die Zahlungsmodalitäten der Kunden, über Werbekampagnen oder über Rabattgewährungen. Die firmenrelevanten Entscheidungen würden von ihm getroffen, so zB die Frage, in welchem finanziellen Umfang Werbung betrieben oder in welchem Umfang Ware eingekauft werde. Auch arbeite er in Stoßzeiten überobligatorisch viele Stunden (bis zu 60 Stunden in der Woche) und überwache den reibungslosen Ablauf. Ferner würde er gemeinsam mit der Beigeladenen zu 1) entscheiden, ob weiteres Personal erforderlich sei. Er treffe auch selbstständig Personalentscheidungen und stelle Personal ein und könne dieses auch entlassen. Er habe Bankvollmacht und führe sämtliche Gespräche und Verhandlungen mit den Banken, sodass er wie ein Prokurist oder Geschäftsführer arbeite. Zur weiteren Begründung legte der Kläger ua zusätzlich den zusammen mit der Beigeladenen zu 1) geschlossenen Darlehensvertrag mit der Kreissparkasse F. vom 23. Dezember 1997 (Darlehenssumme 78.000,00 DM) vor.

Das SG lud durch Beschluss vom 12. Februar 2007 die Ehefrau des Klägers, die Deutsche Rentenversicherung Bund, die Bundesagentur für Arbeit und die Deutsche Angestelltenkrankenkasse - Pflegekasse - (Beigeladene 1) bis 4)) zu dem Verfahren bei. Die Beigeladenen äußerten sich zur Sache und zum Verfahren nicht.

Im Erörterungstermin am 06. September 2007 gab der Kläger ausweislich der Niederschrift an, er sei vor der Gründung des Betriebs in einem festen Beschäftigungsverhältnis gewesen. Deshalb sei der Betrieb auf den Namen der Beigeladenen zu 1) angemeldet worden. Er

sehe nach wie vor keine Notwendigkeit, nach außen zu dokumentieren, dass er Inhaber bzw. Mitinhaber des Betriebs sei, da dies in seiner alltäglichen Tätigkeit keine Rolle spiele. Er werde ohnehin als Betriebsinhaber angesehen. Die Beigeladene zu 1) erklärte, dass die Anmeldung des Klägers auf den Rat des zuständigen Steuerberaters zurückgehe.

Mit Urteil vom 20. März 2008 wies das SG die Klage ab. Zur Begründung legte es dar, in Anbetracht des Umfangs der Tätigkeit des Klägers und der gezahlten Vergütung bestehe kein vernünftiger Zweifel daran, dass es sich bei dieser Tätigkeit nicht lediglich um eine familienhafte Mithilfe gehandelt habe. Der Kläger habe im gesamten streitbefangenen Zeitraum in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden, sodass die in diesem Zeitraum entrichteten Beiträge zur Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung zu Recht entrichtet worden seien. Denn die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen, überwiegen. Der Kläger übersehe, dass das Weisungsrecht des Arbeitgebers bei Diensten höherer Art eingeschränkt und zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sei, ohne dass dies die Sozialversicherungspflicht entfallen lasse. Es sei davon auszugehen, dass der Kläger als Geschäftsführer beschäftigt worden sei und daher nicht in das enge Korsett eines normalen Angestellten geschnürt gewesen sei. Hinzu komme, dass er mit der Beigeladenen zu 1) verheiratet sei, was zu einer weiteren Abmilderung des für Beschäftigungsverhältnisse typischen Über- und Unterordnungsverhältnisses führe. Die Eheleute hätten auch die ursprüngliche Konstruktion ihres Zusammenwirkens über den gesamten streitbefangenen Zeitraum hinweg unangetastet gelassen. Die Beigeladene zu 1) sei nach wie vor die Inhaberin des Unternehmens, was angesichts ihrer Eigenschaft als Fachfrau auch naheliege. Sie habe auch allein das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko getragen. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus dem Umstand, dass der Kläger in erheblichem Umfang Darlehen für die Firma mitaufgenommen und Bürgschaften zur Sicherung von Firmenkrediten übernommen habe. Dies unterstreiche sein Interesse am Wohlergehen der Firma der Beigeladenen zu 1), sei aber nicht mit der Mitübernahme eines Unternehmerrisikos gleichzusetzen. Das hieraus resultierende Risiko des Klägers sei das eines Darlehensgebers und Bürgen.

Gegen das seinem Prozessbevollmächtigten am 18. Juni 2008 zugestellte Urteil hat der Kläger am 16. Juli 2008 beim SG Berufung zum Landessozialgericht (LSG) eingelegt. Er macht geltend, die Beigeladene zu 1) habe im April 1991 eine Angestellte eingestellt, da er zu diesem Zeitpunkt noch in einer Fahrradfabrik gearbeitet habe. Dies habe sich ab dem 1. Januar 1993 geändert. Nachdem sich der Gewerbebetrieb sehr gut entwickelt habe, habe er sein Arbeitsverhältnis gekündigt und mit der Beigeladenen zu 1) einen Innengesellschaftsvertrag geschlossen. Zweck der Gesellschaftsvereinbarung sei die gemeinschaftliche Fortführung des Gewerbebetriebs gewesen. Dabei sei er von der Beigeladenen zu 1) mit der Alleingeschäftsführung und Alleinvertretung beauftragt worden. Der Beitrag der Beigeladenen zu 1) habe ausschließlich in der Anmeldung des Gewerbebetriebs beim Gewerberegister und dem Haben und Halten des Gesellschaftsvermögens bestanden. Weiterhin sei vereinbart worden, dass er jeden Monat einen Gewinnvorschuss in Höhe von 2.300,00 EUR erhalte. Im Rahmen der Entwicklung des Gewerbebetriebs und der Vereinbarung der Innengesellschaft habe er bereits 1991 als Mitschuldner und Bürge für Darlehen des Gewerbebetriebs mitgehaftet. Es bestünden gemeinsame Darlehensschulden in Höhe von 109.880,77 EUR und Bankbürgschaften in Höhe von 298.084,93 EUR. Seit April 1991 arbeite er täglich bis zu zehn Stunden und führe allein die Geschäfte und vereinbare aufgrund seiner Alleinbevollmächtigung im Namen der Beigeladenen zu 1) Mietverträge über Gewerberäume, Kaufverträge über Betriebs- und Geschäftsausstattung, Arbeitsverträge mit Mitarbeitern sowie Einkaufs- und Verkaufsverträge über Ware. Er sei in der Regel am Gewerbesitz allein anwesend und führe die Verhandlungen mit Geschäftspartnern und Mitarbeitern. Die Beigeladene zu 1) habe sich zum 29. Februar 2004 ausschließlich der Pflege und Erziehung der beiden gemeinschaftlichen Kinder gekümmert. Er und die Beigeladene zu 1) hätten im Geschäftsjahr 2002 52.942,60 EUR an Gewinn aus dem Betriebsvermögen entnehmen können, welches dann hälftig aufgeteilt und teilweise zum laufenden Familienunterhalt und zu einer gemeinschaftlichen Vermögensbildung verwendet worden sei. Darüber hinaus habe er mit der Beigeladenen zu 1) im Jahr 2004 ein gemeinschaftliches Betriebsgrundstück mit Betriebsgebäude erworben, das beiden je zur Hälfte gehöre. Auch seien die Räumlichkeiten für die am 01. Januar 2005 eröffnete Filiale durch Mietvertrag vom 18. September 2004 von ihm allein angemietet worden. Er und die Beigeladene zu 1) seien in den gesamten Jahren gemeinsam steuerlich veranlagt worden. Die anfallenden Mietzinsen würden jeweils aus dem Firmenkonto, über das beide Eheleute verfügen könnten, beglichen. Zur weiteren Begründung der Berufung hat der Kläger den Mietvertrag über gewerbliche Räume zwischen Herrn B. und ihm vom 30. Oktober 1992 (Mietbeginn 1. Januar 1993) über ein Ladengeschäft, B.-Platz ..., in F., Zeichnungsberechtigungen für die Girokonten Nr 2 ... (Sparkasse B.), Nr 1 ... und Nr 3 ... (jeweils Kreissparkasse F.) sowie mehrere Rechnungen bzw. Bestellbestätigungen (Bl 57 bis 62 der LSG-Akte), die an die Firma "V. a V." zu seinen Händen gerichtet worden sind, vorgelegt.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 20. März 2008 sowie den Bescheid der Beklagten vom 22. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 30. November 2005 aufzuheben und festzustellen, dass er bei der Beigeladenen zu 1) vom 1. Januar 1993 bis 29. Februar 2004 nicht gesamtsozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung des SG für zutreffend und verweist darauf, dass eine Innengesellschaft nicht vorliege. Eine Ehegattenninnengesellschaft setze eine gemeinsame, planvolle und wesentliche Vermögensbildung der Ehegatten voraus. Darüber hinaus schließe nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) eine Innengesellschaft gleichwohl eine abhängige Beschäftigung dann nicht aus, wenn festgestellt sei, dass etwa der Kläger in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingegliedert sei. Aufgrund der Zahlung eines ortsüblichen Gehalts von 2.300,00 EUR das auf ein Konto gezahlt worden sei, für das der Kläger Verfügungsberechtigt sei, könne nicht von einer gemeinsamen Vermögensbildung ausgegangen werden. Auch seien die Bürgschaften und Darlehen im Wesentlichen nach Ende der Mitgliedschaft bei ihr übernommen worden. Die Beigeladene zu 1) sei weiterhin Betriebsinhaberin. Die Ausgestaltung als Einzelunternehmen bedeute, dass rechtlich keine Trennung zwischen dem Privatvermögen und dem Betriebsvermögen des Kaufmanns vorgenommen werde. Eigentümer des Betriebsvermögens sei allein die Beigeladene zu 1). Der Kläger habe somit aufgrund dieser Rechtsform keinerlei rechtliche Möglichkeit, Entscheidungen der Beigeladenen zu 1) über die Führung der Geschäfte zu verhindern. Diese könne ihre Geschäfts- und Firmenpolitik durchsetzen. Ob sie dies tatsächlich tue, sei unerheblich. Außerdem seien keine Gründe ersichtlich, weshalb der Kläger nicht als Firmeninhaber offiziell eingesetzt worden sei. Dieser Umstand spreche dafür, dass dies bewusst und nicht versehentlich unterblieben sei. Letztlich könne die über ein Jahrzehnt beanstandungslose Abführung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen und der erst 2005 gestellte Antrag auf Überprüfung des Versicherungsverhältnisses nicht mit angeblicher Unkenntnis über die vom fachlich beratenen Arbeitgeber

erklärt werden, sondern allein mit dem späten Begehren nach Erstattung der Sozialversicherungsbeiträge. Alle Umstände sprächen dafür, dass der Kläger leitender Angestellter und nicht Firmenmitinhaber sei.

Die Beigeladenen zu 2) bis 4) haben sich zur Sache nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts hat der Senat die Prüfmittelteilung über die Betriebsprüfung der Deutschen Rentenversicherung Baden-Württemberg vom 09. Oktober 2008 (Prüfzeitraum 01. Januar 2004 bis 31. Dezember 2007) beigezogen.

Am 10. Dezember 2008 wurde der Sachverhalt mit den Beteiligten erörtert. Der Kläger hat hierbei ua angegeben, er habe im gesamten Zeitraum nie Entgeltfortzahlung in Anspruch genommen. Im Übrigen wird auf die Niederschrift vom 10. Dezember 2008 Bezug genommen.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Berufungsakte, der Klageakte und der von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs 2](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist zulässig und insbesondere statthaft im Sinne des [§ 144 Abs 1 Satz 2 SGG](#), denn es geht um die Versicherungspflicht des Klägers über einen längeren Zeitraum als ein Jahr. Die Berufung ist jedoch unbegründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, da der Bescheid vom 22. Juli 2005 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 30. November 2005 ([§ 95 SGG](#)) rechtmäßig ist. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger in der Zeit vom 01. Januar 1993 bis 29. Februar 2004 im Betrieb der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt war und deshalb in diesem Zeitraum der Versicherungspflicht in allen Zweigen der gesetzlichen Sozialversicherung unterlag.

Nach [§ 28 h Abs 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Die nach [§ 28 i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle war hier die Beklagte, weil sie die Krankenversicherung im Zeitraum vom 01. Januar 1993 bis 29. Februar 2004 durchführte. Durch den Kassenwechsel ab 01. März 2004 endete die Zuständigkeit der Beklagten nicht. Denn die Änderung der Mitgliedschaft des Klägers ab 01. März 2004 führte nur zum Übergang der Zuständigkeit als Einzugsstelle auf die nun die Krankenversicherung durchführende Krankenkasse ab dem Zeitpunkt des Wechsels (vgl BSG, Urteil vom 24. Juni 2008 - [B 12 KR 24/07 R](#) = SozR 4-2400 § 28 h Nr 4). Da insoweit eine einheitliche Entscheidungskompetenz ab 01. Januar 1993 nicht bestanden hatte, war hier die neue Krankenkasse (BKK G. S.) nicht beizuladen. Deren Feststellungsbescheid vom 17. Juni 2005, mit dem ab 01. März 2004 ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) verneint worden war, hatte daher auch keine Bindungswirkung für die Beklagte.

Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 2) für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht, die eine Zuständigkeit der Beklagten für die Entscheidung ausschließt, ergibt sich für den vorliegenden Fall noch nicht aus [§ 7a Abs 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung vom 01. Januar 2005 durch Art 4 Nr 3 Viertes Gesetz 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 Art 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 für jeden Versicherten insbesondere bei der Anmeldung die Angabe enthalten, ob zum Arbeitgeber eine Beziehung als Ehegatte oder Lebenspartner, seit 01. Januar 2008 auch als Abkömmling (erweitert durch Art 15 des Gesetzes zur Änderung des SGB IV und anderer Gesetze vom 19. Dezember 2007, [BGBl I, S 3024](#)) besteht. Das obligatorische Statusfeststellungsverfahren ist bei Ehegatten damit erst bei Anmeldungen durchzuführen, die ab dem 01. Januar 2005 bei den Einzugsstellen erfolgen. Die Anmeldung des Klägers erfolgte vor dem 01. Januar 2005, nämlich mit Beginn der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) zum 01. Januar 1993.

Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III), bis 31. Dezember 1997 § 168 Abs 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes sowie ab 01. Januar 1995 in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs 1 Satz 1 und Satz 2 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft 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 mwN). 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 Rechtsatz, 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 ausbezahlt 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 in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit, da eine (schriftliche) vertragliche Vereinbarung (Arbeitsvertrag) zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) nach deren Angaben nicht bestand und auch nicht besteht. Trotz der vom Kläger schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit im Hinblick auf seine Aufgaben als Geschäftsführer überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit des Klägers vom 01. Januar 1993 bis 29. Februar 2004 wurde wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Der Kläger erhielt seit Beginn seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) ein regelmäßiges monatliches Bruttoentgelt in Höhe von zuletzt 2.300,00 EUR. Auch hatte er nach Angaben im Feststellungsbogen vom 27. April 2005 Anspruch auf Entgeltfortzahlung für sechs Wochen im Fall der Arbeitsunfähigkeit, auch wenn dies - nach seinen Angaben - in der Praxis von ihm nicht in Anspruch genommen worden ist. Die genannte Vergütungspraxis entspricht jedoch typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Es sind keine Anhaltspunkte vorhanden und auch nicht vorgetragen, dass das Arbeitsentgelt Bestandteile enthält, die nur ansatzweise auf eine (ggfs geringe) Gewinn- bzw Umsatzbeteiligung schließen lassen. Darüber hinaus gehen sowohl der Kläger als auch die Beigeladene zu 1) davon aus, dass das Gehalt den tariflichen bzw dem ortsüblichen Lohn oder Gehalt entspricht. Die Beklagte weist in diesem Zusammenhang zu Recht darauf hin, dass die Zahlung des Arbeitsentgelts deutlich macht, dass ein (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis gewollt gewesen war. Der Umstand, dass der Kläger nach eigenen Angaben in Stoßzeiten Überstunden geleistet hat, die nicht vergütet worden sind, ändert an diesem Ergebnis nichts. Denn die Vergütung von Überstunden wurde zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) offensichtlich auch nicht mündlich vereinbart. Darüber hinaus steht es abhängig Beschäftigten jederzeit frei, auf eine (vereinbarte) Überstundenvergütung - beispielsweise zum Wohl der Firma - zu verzichten.

Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe verbucht wurde, wurden im streitigen Zeitraum Steuern und Gesamtsozialversicherungsbeiträge abgeführt. Die Verbuchung der Entlohnung an Eheleute als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein weiteres Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG [SozR Nr 22 zu § 165 RVO](#)).

Zu Beginn der Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) im Januar 1993 hat offenbar kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger prüfen zu lassen. Demgemäß ist mit der Einleitung des vorliegenden Verfahrens bzw mit der Überprüfung der Versicherungspflicht durch die BKK G. S. Mitte 2005, ein "Sinneswandel" eingetreten. Eine Änderung in der Entgeltform wurde jedoch im hier streitigen Zeitraum nicht vorgenommen.

Hiergegen kann nicht eingewandt werden, die Meldungen zur Sozialversicherung durch die Beigeladene zu 1) seien aus bloßer Unkenntnis erfolgt, weil dies vom damaligen Steuerberater so vorgeschlagen worden sei. Diese Behauptung überzeugt den Senat nicht. Die Anmeldung des Klägers zur Sozialversicherung und die fortlaufende Beitragsentrichtung zeigen vielmehr, dass die Beigeladene zu 1) ihre eigene rechtliche Stellung innerhalb des Betriebs anders beurteilt hat als die ihres Ehemannes (des Klägers) und insoweit keine Gleichrangigkeit bzw Gleichberechtigung gesehen hat. Das Sozialversicherungsverhältnis war mithin gewollt und wurde in der Vergangenheit auch gelebt.

Die durchgehend fortgeführte Entgeltform belegt, dass der Kläger nicht - im Sinne des vom Senat regelmäßig besonders gewichteten

Kriteriums - am Unternehmensrisiko des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) beteiligt war. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der rechtlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#), veröffentlicht in juris Rdnr 26). Für die streitige Zeit ergibt sich ein sozialversicherungsrechtlich relevantes Unternehmerrisiko nicht dadurch, dass der Kläger zusammen mit der Beigeladenen zu 1) am 23. Dezember 1997 (Darlehenssumme 78.000,00 DM) und 26. Februar 2004 (Darlehenssumme 70.000,00 EUR) für den Betrieb der Beigeladenen zu 1) Darlehen aufgenommen hat. Die übrigen vom Kläger im Verwaltungs- bzw Gerichtsverfahren vorgelegten Darlehensverträge (vom 20. November 1997, 05. Juli 1999 und 18. April 2005) und der Kontokorrentkreditvertrag vom 26. Februar 2004 wurden zudem nur von der Ehefrau (der Beigeladenen zu 1)) abgeschlossen. Unabhängig von der Frage, ob die den Kläger betreffenden Darlehen bereits schon zurückgezahlt worden sind, trifft ihn ggf lediglich das Risiko einer "Ausfallhaftung". Diese persönliche Haftung des Klägers mit seinem privaten Vermögen tritt jedoch im Hinblick auf die zahlreichen Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, in den Hintergrund. Denn die Gewährung von Darlehen unter Eheleuten ist mit der Gewährung eines Darlehens durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, nicht zu vergleichen (vgl hierzu LSG Baden-Württemberg, Urteil 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 noch nicht, dass der Kläger ein wesentliches Unternehmerrisiko eingegangen ist. Dies zeigt sich maßgeblich darin, dass er unabhängig von dem wirtschaftlichen Erfolg der Beigeladenen zu 1) eine feste monatliche Vergütung für seine Tätigkeit erhalten hat. Aus diesem Grund führen auch die Bürgschaftserklärungen des Klägers vom 20. November 1997 und 06. Juli 1999 zu keinem anderen Ergebnis. Auch hier gilt, dass der Kläger lediglich das Risiko einer "Ausfallhaftung" trägt. Die Gewährung von Bürgschaften unter Eheleuten ist jedoch - ähnlich wie die Gewährung von Darlehen unter Eheleuten - nicht mit einer Bürgschaftserklärung durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, zu vergleichen. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass die weiteren Bürgschaftserklärungen (vom 26. Februar 2004 und 18. April 2005) im Wesentlichen die Zeit nach der Mitgliedschaft bei ihr betreffen und mithin keine Auswirkung auf den hier streitigen Zeitraum haben können.

Dass der persönliche Arbeitseinsatz des Klägers dadurch bestimmt ist, dass er an einem wirtschaftlich gut aufgestellten Betrieb partizipiert und die Beigeladene zu 1) insofern (zeitlich) entlastete, als diese sich um die minderjährigen Kinder kümmerte, begründet die Tragung eines aktuellen Unternehmerrisikos nicht. Der Umstand, dass der Erfolg eines Unternehmens (auch) von den Fähigkeiten und dem Engagement des Klägers abhängt, unterscheidet die Position qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge sich für die Entwicklung des Unternehmens einsetzen. Hierauf hat sowohl die Beklagte als auch das SG zu Recht hingewiesen.

Dass der Kläger über Rabatte, den Umfang von Werbung, die Einstellung von Personal, die Zahlungsmodalitäten der Kunden, den Einkauf von Waren sowie über die Ausstattung und Anmietung der Betriebs- und Geschäftsräume entscheiden konnte, führt nicht dazu, dass er formal am Unternehmen der Beigeladenen zu 1) beteiligt war. Weil in finanzieller Hinsicht jedoch eine formale Beteiligung am Unternehmen der Beigeladenen zu 1) fehlt, setzt die Annahme eines Unternehmerrisikos jedenfalls voraus, dass eine für eine abhängige Beschäftigung unübliche Vereinbarung oder tatsächliche Handhabung der Gestaltung und Zahlung der Vergütung besteht, die den Schluss zulässt, dass möglicherweise bei entsprechend schlechter wirtschaftlicher Lage des Unternehmens die Vergütungsforderung in der bisherigen Höhe nicht durchgesetzt werden kann. Anhaltspunkte für eine solche Vereinbarung bzw für eine derartige tatsächliche Handhabung sind weder ersichtlich noch von dem Kläger behauptet. Dagegen spricht auch insbesondere, dass der Kläger nach seinem eigenen Vortrag unabhängig von der Ertragslage durchgehend eine feste monatliche Vergütung erhalten hat. Dass wegen des familiären Vertrauensverhältnisses auf die (schriftliche) Regelung typischer arbeitsrechtlicher Fragen wie Urlaub oder Kündigung verzichtet wird, vermag in diesem Zusammenhang nicht wesentlich ins Gewicht zu fallen. Gerade bei in einem Betrieb mitarbeitenden Ehegatten bestehen regelmäßig größere Freiheiten im Vergleich zu anderen Arbeitnehmern (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 11](#)). Solche größeren Freiheiten sind für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses unschädlich (BSG [SozR Nr 22 zu § 165 RVO](#)).

In diesem Zusammenhang weist der Senat darauf hin, dass die dem Kläger eingeräumten Befugnisse im Hinblick auf das Personalwesen (Einstellungen und Kündigungen) nichts daran ändern, dass nicht er, sondern die Beigeladene zu 1) Arbeitgeberin des Personals war. Selbst derjenige, der Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 24. Juni 1982 - B [12 RK 45/80](#)). Zwar mögen die zur Expansion des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) führenden Dispositionen (Eröffnung weiterer Filialen) tatsächlich auf gemeinsamen Entscheidungen und auch dem (finanziellen) Einsatz des Klägers beruht haben. Die Entscheidungen vollzogen sich aber im Rahmen der alleinigen Unternehmerschaft der Beigeladenen zu 1), die - worauf die Beklagte zu Recht hinweist - auch alleiniger Träger des Haftungs- und Insolvenzrisikos ist. Wäre der Kläger nicht Ehemann der Beigeladenen zu 1), sondern ein Fremder unter Akzeptanz der gleichen Arbeitsbedingungen, wäre die Annahme einer selbständigen Tätigkeit nicht vorstellbar. Der Kläger war im streitigen Zeitraum auch nicht in eigener Betriebsstätte tätig, sondern an derjenigen der Beigeladenen zu 1).

Eine Rechtsgrundlage, die die weitgehende Dispositionsfreiheit des Klägers rechtfertigen würde, ist nicht erkennbar. Zwar wurde im Berufungsverfahren (erstmal) vorgetragen, der Kläger und die Beigeladene zu 1) hätten zum 01. Januar 1993 eine Innengesellschaft ([§ 705 BGB](#)) geschlossen. Ein diesbezüglicher schriftlicher Vertrag konnte jedoch nicht vorgelegt werden. Selbst wenn eine Innengesellschaft zu diesem Zeitpunkt geschlossen worden ist, ändert dies jedoch nichts an der Eigenschaft des Klägers als abhängig Beschäftigter (vgl hierzu ausführlich BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#); Bayerisches Landessozialgericht, Urteil vom 23. März 2006 - [L 9 AL 377/02](#), veröffentlicht in juris, Rdnr 53 mwN). Auch bei Vorliegen einer Innengesellschaft ist der Kläger im maßgeblichen Zeitraum nur für und aufgrund einer Ermächtigung durch die Beigeladene zu 1) tätig geworden. Die Beigeladene zu 1) hätte es in der Hand gehabt, als alleinige Unternehmerin hindernd in die Freiheiten des Klägers einzugreifen und diesen dann im Sinne des hier entscheidenden Kriteriums "persönlich abhängig" werden zu lassen. Wenn sie aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten des Klägers dies weitgehend unterlassen hat, 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](#)). Bis zum rechtlichen Vollzug einer Unternehmensbeteiligung besteht immer noch die Möglichkeit, an der Nichtausübung eines Weisungsrechts jederzeit etwas zu ändern, so dass bis dahin sowohl in rechtlicher als auch in tatsächlicher Hinsicht entsprechende Unsicherheiten verbleiben (vgl Senatsurteile vom 04. Dezember 2007 - [L 11 KR 1749/07](#) -, vom 15. Juli 2008 - [L 11 KR 4946/07](#) -, vom 05. August 2008 - [L 11 KR 4946/07](#) -, vom 14. Oktober 2008 - [L 11 KR 1347/08](#) - und vom 29. September 2009 - [L 11 KR 4621/08](#) -; BSG, Urteil vom 30. Januar 1990 - B 11 R AR 47/88, [SozR 3 - 2400 § 7 Nr. 1](#)).

Die Beklagte hat im Übrigen zu Recht darauf hingewiesen, dass der Abschluss des Mietvertrags vom 18. September 2004 über die Ladenfläche in der W.-Straße ... ab dem 01. Januar 2005 für den vorliegenden streitigen Zeitraum ohne Belang ist, da der Kläger zu diesem Zeitpunkt nicht mehr Mitglied der Beklagten war. Gleiches gilt für die Behauptung des Klägers, zusammen mit der Beigeladenen zu 1) im Jahr 2006 ein Betriebsgrundstück gemeinsam erworben zu haben. Zwar wurde der Mietvertrag über das Ladengeschäft am B.-Platz ... in F. vom Kläger am 30. Oktober 1992 geschlossen. Dieses Indiz, das für eine selbstständige Tätigkeit spricht, tritt jedoch hinter die Mehrzahl der übrigen Indizien, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen zurück, zumal nach eigenen Angaben des Klägers der Mietzins vom Firmenkonto beglichen wird. Soweit der Kläger im Berufungsverfahren Rechnungen (adressiert an die Firma der Beigeladenen zu 1) zu Händen des Klägers) vorgelegt hat, weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass die Weiterleitung an einen leitenden Angestellten (Geschäftsführer) der üblichen Praxis entspricht und hieraus keine Rückschlüsse auf das Beschäftigungsverhältnis des Klägers zu ziehen sind, zumal der Kläger als Geschäftsführer im Hinblick auf das Geschäfts- bzw Firmenkonto nach den im Berufungsverfahren vorgelegten Unterlagen auch zeichnungsberechtigt ist.

Letztlich ist der Umstand, dass die Beigeladene zu 1) das Unternehmen weiterhin als Einzelfirma betreibt, ein weiteres gewichtiges Indiz dafür, dass sie den Betrieb nicht aus der Hand geben will. Dass hierfür evtl steuerrechtliche Gründe sprechen ist nicht maßgeblich. Denn aus rechtlicher Sicht bleibt sie weiterhin Alleininhaberin der Firma und haftet auch allein für Verbindlichkeiten ihrer Firma.

Die Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen mithin bei weitem.

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

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2010-02-04