

L 11 KR 2460/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 8 KR 2173/08
Datum
06.04.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 2460/09
Datum
23.02.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Dem rechtlichen Interesse eines Dritten, dass eine der streitenden Parteien obsiege ([§ 66 Abs 1 ZPO](#)), wird im sozialgerichtlichen Verfahren durch die Möglichkeit der Beiladung Rechnung getragen (BSG [SozR 1750 § 41 Nr 1](#)). Der ""Beitritt"" eines Dritten zum Rechtsstreit ist im sozialgerichtlichen Verfahren daher als Antrag auf Beiladung zu werten.

2. Das Bestehen einer Ehegatten-Innengesellschaft steht der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen einem Ehegatten und einer KG, deren Komplementär der andere Ehegatte ist, nicht entgegen.

3. Die Gewährung von Darlehen bzw Sicherheiten unter Ehegatten schließt ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus.

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 6. April 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten beider Instanzen sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin bei der Beigeladenen zu 4 seit dem 1. April 1971 sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist.

Die Beigeladene zu 4 ist eine am 1. Januar 1982 gegründete Kommanditgesellschaft (KG), die die Gaststätte "G. B." betreibt (§ 2 Abs 1 des Gesellschaftsvertrages); sie ist im Handelsregister des Amtsgerichts Stuttgart unter der Nr HRA ... eingetragen. Die Gaststätte wurde ursprünglich als Gesellschaft bürgerlichen Rechts (GbR) geführt. Komplementär (persönlich haftender Gesellschafter) ist der Ehemann der Klägerin, F. B.; Kommanditisten waren anfangs seine Eltern W. und M. B. mit einer Einlage von jeweils 25.000 DM. Die Geschäftsführung und Vertretungsbefugnis oblag allein F. B. ... Am 31.12.1987 schied die Kommanditistin M. B. aus. Nach dem Tod von W. B. sollte der Sohn von F. B. und der Klägerin, M. B., den Kommanditanteil von W. B. übernehmen. M. B. wurde Einzelprokura erteilt. Am 1. April 2004 wurden durch Gesellschaftsvertrag die Stimmrechte und die Gewinn- und Verlustbeteiligung entsprechend den Kapitalanteilen (Komplementär F. B. mit einem Kapitalanteil von 30.000 EUR und Kommanditist M. B. mit einem Kapitalanteil von 15.000 EUR) geregelt. Nach § 8 Abs 2 des Gesellschaftsvertrages bedürfen Entscheidungen der Gesellschafterversammlung grundsätzlich einer einfachen Mehrheit, bestimmte Maßnahmen bedürfen nach § 8 Abs 3 einer qualifizierten Mehrheit von 2/3. In der Güterstandvereinbarung in § 20 Abs 1 ist geregelt, dass Gesellschafter, die natürliche Personen sind, verpflichtet sind, bei Eingehen einer Ehe durch ehevertragliche Regelungen sicherzustellen, dass ihre Beteiligung an der Gesellschaft bei der Berechnung eines etwaigen Zugewinns im Falle der Scheidung außer Betracht bleibt.

Diese Änderungen wurden allerdings bislang noch nicht in vollem Umfang im Handelsregister eingetragen. Nach der letzten Eintragung vom 16. November 2009 gestalten sich die Rechtsverhältnisse der Beigeladenen zu 4 wie folgt: Persönlich haftender Gesellschafter der KG ist F. B., Einzelprokura hat M. B. ... Als Kommanditisten sind fünf Personen eingetragen, die im Wege der Sondererbfolge in die KG eintraten; nicht als Kommanditist eingetragen ist M. B. ...

Die 1950 geborene Klägerin, die mit ihrem Ehemann im Güterstand der gesetzlichen Zugewinnsgemeinschaft lebt, ist gelernte

Fleischereifachverkäuferin und seit 1. April 1971 in der Gastwirtschaft tätig. Ihr ursprünglicher Arbeitsvertrag wurde durch Anstellungsvertrag vom 2. Januar 1984 ersetzt und vereinbart, dass zu ihren Arbeiten die Erledigung des gesamten für den Betrieb anfallenden Schriftverkehrs, die Führung bzw Vorbereitung der Betriebsbuchhaltung und die Leitung des Bedienungspersonals gehört. Es wurde ein festes monatliches Gehalt von DM 3.000, ein Urlaubsgeld in Höhe der Hälfte eines bezahlten Jahresurlaubs, eine jährliche Tantieme von 3 % des Jahresumsatzes, eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall im gesetzlichen Umfang, eine Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich und ein jährlicher Erholungsurlaub von 20 Arbeitstagen vereinbart. In § 11 Abs 2 des Anstellungsvertrages wurde festgelegt, dass Änderungen und Ergänzungen dieses Vertrages grundsätzlich der schriftlichen Form bedürfen. Der Lohn der Klägerin wurde als Betriebsausgabe verbucht und von ihm Lohnsteuer und Sozialabgaben abgeführt. Die Klägerin ist nicht an der KG beteiligt.

Am 4. Mai 2005 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Überprüfung der Sozialversicherungspflicht ihrer Tätigkeiten. In dem Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen gab sie an, sie sei seit 1. April 1971 als kaufmännische Leiterin mit 50 Wochenstunden bei einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt von 1.534 EUR brutto beschäftigt. Ihre Tätigkeit bestehe in der Reservierungsleitung, dem Dienstplanservice, der Dekoration im Innen- und Außenbereich, dem Housekeeping, der Bankettabsprache, der Mitarbeit in der Küche, der Erledigung des Schriftverkehrs sowie der Leitung des Bedienungspersonals. Ohne ihre Tätigkeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen. Einem Weisungsrecht habe sie nicht unterlegen, sondern sie sei wie eine Mitunternehmerin eingegliedert gewesen. Ihr Arbeitsentgelt sei per Scheck gezahlt worden. Sie könne für den gesamten Betrieb Personal einstellen und entlassen. Aufgrund ihrer fachlichen Kompetenz könne sie Unternehmensentscheidungen treffen. Sie habe dem Unternehmen mehrmals Darlehen gewährt, zuletzt in Höhe von 100.000 EUR.

In Absprache mit dem Rentenversicherungsträger stellte die Beklagte mit Bescheid vom 26. Januar 2006 fest, dass die Gesamtabwägung im Falle der Klägerin zu dem Ergebnis führe, dass sie abhängig beschäftigt sei. Die Klägerin sei Ehefrau und an der Firma nicht beteiligt, könne also über ihre Beteiligung am Stammkapital die Geschicke des Unternehmens nicht wesentlich beeinflussen. Sie habe auch einen schriftlichen Arbeitsvertrag abgeschlossen. Nach dem vorgelegten Organigramm sei sie dem Kommanditisten und der wiederum dem Komplementär unterstellt, könne auch aufgrund dessen keine unternehmerischen Entscheidungen treffen. Schließlich sei das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterworfen und als Betriebsausgabe verbucht worden. Man habe es der Klägerin auch zu deren freien Verfügung ausgezahlt.

Mit ihrem dagegen eingelegten Widerspruch machte die Klägerin geltend, sie wirke aufgrund ihrer besonderen Fachkenntnisse bei der Führung des Betriebes mit und habe eine leitende Funktion inne. Ihre Tätigkeit sei durch ein gleichberechtigtes, auf gleicher Augenhöhe befindliches Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Zusätzlich zu ihrem Arbeitsentgelt erhalte sie eine gewinnabhängige Tantieme. Auch durch die Gewährung von Darlehen trage sie ein erhebliches Unternehmerrisiko. Den Gesellschaftern sei sie gleichsam "unterstellt". Für ihr Ressort sei sie allein verantwortlich. Im Übrigen bestehe zwischen ihr und ihrem Ehegatten eine Ehegattengesellschaft in Form einer GbR. Sie habe daher bei Ausscheiden aus der Gesellschaft einen schuldrechtlichen Auseinandersetzungsanspruch gegen ihren Ehegatten. Urlaub habe sie gar nicht oder nur nach den betrieblichen Gegebenheiten genommen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 5. April 2006 wies die Beklagte den Widerspruch mit der Begründung zurück, nach den Angaben in dem Feststellungsbogen sei zwar fraglich, ob eine Fremdarbeitskraft zu diesen Arbeitszeiten und Arbeitsformen arbeiten würde. Es reiche aber für die Bejahung einer abhängigen Beschäftigung aus, dass ihre Tätigkeit für die Erfüllung der betrieblichen Zielsetzung unumgänglich notwendig sei und deswegen zwingend eine fremde Arbeitskraft eingestellt werden müsse. Die Klägerin habe auch kein echtes Unternehmerrisiko übernommen, denn ein solches könne nur regelmäßig vorliegen, wenn der wirtschaftliche Erfolg des eingesetzten Kapitals bzw der eingesetzten Arbeitskraft ungewiss sei. Dies sei bei der Klägerin nicht der Fall, da sie ein regelmäßiges Gehalt erhalten habe. Dass Darlehen gewährt worden wären, sei für Familienangehörige nicht untypisch, begründe aber nicht, dass der Darlehensgeber deswegen zwangsläufig Mitunternehmer werde. Sie sei deswegen seit dem 1. April 1971 sozialversicherungspflichtig angemeldet worden. Seitdem habe es mehrere Betriebsprüfungen durch die Krankenkasse und den Rentenversicherungsträger gegeben. Bei keiner dieser Prüfungen sei das versicherungspflichtige Beschäftigungsverhältnis in irgend einer Weise angezweifelt worden, so dass es sich auch um ein jahrzehntelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis handle.

Am 8. Mai 2006 hat die Klägerin Klage beim Sozialgericht München und ergänzend vorgetragen, erst sie habe die Gaststätte von einer zunächst noch sehr einfachen Gaststätte zu einer solchen auf dem Niveau einer Spitzengaststätte geführt. Es habe der übereinstimmende Wille geherrscht, gemeinsames Vermögen durch Einbringung gemeinsamer Arbeitsleistung zu schaffen, deswegen sei das Vorliegen einer Innen-Gesellschaft unzweifelhaft gegeben. Mit einem am 27. Juli 2006 beim Sozialgericht München eingegangenen Schriftsatz hat der Prozessbevollmächtigte erklärt, dass die F. B. KG (jetzt Beigeladene zu 4) infolge gleichen Interesses am Klageausgang neben der Klägerin dem Rechtsstreit beitrete. Daraufhin wurden zunächst sowohl die Klägerin als auch die F. B. KG als Klägerinnen betrachtet. Mit Beschluss vom 4. März 2008 hat das Sozialgericht München den Rechtsstreit an das Sozialgericht Stuttgart (SG) verwiesen.

Das SG hat mit Beschluss vom 22. April 2008 die Sozialversicherungsträger zum Rechtsstreit beigeladen.

In der mündlichen Verhandlung vom 6. April 2009 hat das SG den Steuerberater der Klägerin S. gehört. Mit Urteil vom gleichen Tag, dem klägerischen Bevollmächtigten zugestellt am 22. Mai 2009, hat das SG die Klage mit der Begründung abgewiesen, nach Abwägung aller Umstände sei die Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 4 als abhängiges Beschäftigungsverhältnis einzustufen. Die Rechtsbeziehungen ergäben sich aus dem verschiedenen Fassungen der Gesellschaftsverträge und den geschlossenen Anstellungsverträgen. Danach sei die Klägerin zu keinem Zeitpunkt an der Beigeladenen zu 4 beteiligt gewesen und habe daher rechtlich nicht die Möglichkeit gehabt, die unternehmenspolitischen Entscheidungen zu beeinflussen oder zu verhindern. Dass sie ihre Tätigkeit hinsichtlich Ort, Zeit und Art im Wesentlichen habe frei bestimmen können, was als wahr unterstellt werde, stünde auch jedem abhängig beschäftigten leitenden Angestellten zu. Entsprechendes gelte für ihre Gewinnbeteiligung, die nicht mit einem entsprechenden Verlustrisiko verbunden sei. Ein solches ergebe sich auch nicht aufgrund der gewährten Darlehen, denn sie habe damit gerade kein Kapital in die Gesellschaft eingebracht. Im Übrigen erhalte sie für ihre Tätigkeit ein festes Gehalt und habe Anspruch auf Urlaub und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall. Eine selbständige Tätigkeit ergebe sich auch nicht unter dem Gesichtspunkt einer Ehegattinnengesellschaft. Sie sei ohne Zweifel aufgrund eines Anstellungsvertrages tätig und zu keinem Zeitpunkt Gesellschafterin gewesen. Sie könne daher nicht als Gesellschafterin ausscheiden und erst recht keinen Auseinandersetzungsanspruch haben. Dass zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann bezogen auf die Anteile des Ehemanns eine ernsthafte konkludente Vereinbarung im Sinne einer Ehegattinnengesellschaft dahingehend

bestehe, dass die Klägerin an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft teilhaben solle, erscheine daher sehr zweifelhaft. Jedenfalls für den Fall der Scheidung bedürfe es einer solchen Vereinbarung nicht, da sie mit ihrem Ehemann im gesetzlichen Güterstand der Zugewinnngemeinschaft lebe und deswegen grundsätzlich an dem während der Ehe erworbenen Vermögenszuwachs gleichmäßig teilnehme. Deswegen sei es ohne Belang, welche Vereinbarungen sie mit ihrem Ehemann getroffen habe. Zudem gehe es vorliegend allein um ihre Sozialversicherungspflicht auf der Grundlage des Anstellungsvertrages und ihrer Tätigkeit gegen ein angemessenes Geld.

Mit ihrer dagegen am 29. Mai 2009 eingelegten Berufung macht die Klägerin geltend, sie habe in einem eigenen, keinesfalls aber in einem fremden Unternehmen gearbeitet. Ihre Stellung sei nicht ansatzweise mit der einer fremden Arbeitskraft vergleichbar. Sie stamme ihrerseits aus einer traditionsreichen Gastronomiefamilie und habe der Gaststätte daher das nötige Knowhow zur Verfügung stellen können. Auch habe sie finanzielle Mittel in Millionenhöhe eingebracht. Aufgrund ihrer fachlichen wie finanziellen Überlegenheit sei ihr Ehemann nicht in der Lage gewesen, ihr Weisungen gleich welcher Art zu erteilen. Im den Jahren 1999 bis 2006 habe sie Privateinlagen in Höhe von ca. 69.000 EUR in das Unternehmen gesteckt. Zusätzlich hätte sie sich an den drei Umbauten/Sanierungen in den Jahren 1978 und 1988 mit ca. 767.000 EUR beteiligt. Das Geld hätten ihr ihre Eltern im Wege einer vorweggenommenen Erbfolge zur Verfügung gestellt. Weiterhin habe sie zwei Darlehen gewährt (1. Juni 1989 23.000 EUR und 6. September 2004 100.000 EUR). Aus den Tantiemezahlungen für 1996 bis 2004 habe sie 145.000 EUR eingebracht. Aus dem Jahr 2007 habe sie noch eine Forderung gegenüber dem Unternehmen in Höhe von 117.500 EUR, die sie ebenfalls als finanzielle Mittel zur Verfügung gestellt habe.

Die Klägerin und die Beigeladene zu 4 beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 6. April 2009 sowie den Bescheid der Beklagten vom 26. Januar 2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 5. April 2006 aufzuheben und festzustellen, dass die Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen zu 4 seit dem 1. April 1971 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erachtet die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend.

Die übrigen Beteiligten haben sich nicht geäußert und auch keinen Antrag gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhaltes und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie die von der Beklagten vorgelegten Verwaltungsakten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 151 Abs 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, die keiner Zulassung nach [§ 144 SGG](#) bedarf, ist zulässig, jedoch nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen, denn die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene zu 4 war seit dem 01. April 1971 sozialversicherungspflichtig.

Gegenstand des Rechtsstreits ist lediglich eine Klage der Klägerin, nicht auch der F. B. KG. Diese ist auch dem Rechtsstreit nicht als Nebenintervenient ([§ 66](#) Zivilprozessordnung (ZPO)) beigetreten ([§ 70 ZPO](#)). Dem rechtlichen Interesse eines Dritten, dass eine der streitenden Parteien obsiege ([§ 66 Abs 1 ZPO](#)), wird im sozialgerichtlichen Verfahren durch die Möglichkeit der Beiladung Rechnung getragen (BSG, Urteil vom 8. August 1975, [6 RKa 9/74](#), [SozR 1750 § 41 Nr 1](#)). Der Senat hat daher - nach Anhörung der Beteiligten in der mündlichen Verhandlung - den Beitritt der F. B. KG als Antrag auf Beiladung gewertet und die KG zum Verfahren beigegeben.

Nach [§ 28 h Abs 2 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) entscheidet die Beklagte als Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG, vgl Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7](#), Urteil vom 04. Juli 2007, [B 11 a AL 5/06 R](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit BVerfG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7](#)).

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](#)).

Das BSG hat 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 [7 a AL 8/06](#) - und vom 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -, jeweils in juris veröffentlicht). 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 zB bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die zB 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 ggfs 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 einer Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. 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; [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 1](#); [SozR 3 - 4100 § 168 Nr 11](#)).

Vor diesem Hintergrund bestimmen sich die rechtlich relevanten Beziehungen der Klägerin und der Beigeladenen zu 4 in der streitbefangenen Zeit nach dem gesellschaftsrechtlichen Status und den Anstellungsverträgen. Die Klägerin war danach während der gesamten Zeit nicht an der Gesellschaft beteiligt. Die Gesellschaft wurde auch zu keinem Zeitpunkt von der Klägerin geführt oder vertreten.

In rechtlicher Hinsicht kann die Klägerin mithin Weisungen des Geschäftsführers bzw. Beschlüsse der Gesellschafterversammlung nicht verhindern. Selbst wenn das Weisungsrecht des Geschäftsführers tatsächlich nicht ausgeübt wurde, ändert dies nichts an diesem Ergebnis. Zum einen gehört eine vorhandene Rechtsmacht auch dann zu den tatsächlichen Verhältnissen, wenn von ihr kein Gebrauch gemacht wird (vgl BSG, Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 30/04 R](#), zit nach juris), und zum anderen kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers vornehmlich bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in dem Betrieb eingegliedert ist (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 19](#) mwN). Unter diesen Voraussetzungen sind auch Mitglieder von Vorständen juristischer Personen, die von Weisungen im täglichen Geschäft weitgehend frei sind, abhängig Beschäftigte (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 18](#)).

Bereits das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 4 spricht bei der vorzunehmenden Gesamtbetrachtung für ein abhängiges entgeltliches Beschäftigungsverhältnis. Die vertraglichen Regelungen entsprechen dem, was üblicherweise mit abhängig Beschäftigten vereinbart wird. Die Klägerin erhielt eine feste monatliche Vergütung, Urlaubsgeld, Weihnachtsgeld, vermögenswirksame Leistungen, Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und - ebenfalls nicht unüblich - eine jährliche Tantieme. Ihre Arbeitszeit betrug 40 Stunden und war an die Öffnungszeiten der Gaststätte gebunden. Das hat sich seit der Tätigkeitsaufnahme nicht geändert. All dies sind Indizien, die für eine Arbeitnehmertätigkeit sprechen (BSG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 20](#); BSG Urteil vom 04. Juli 2007 [aaO](#)).

Diese Regelungen sind auch als solche gelebt worden, denn nach außen hin, d.h. gegenüber der Beklagten ist die Klägerin immer als abhängig Beschäftigte gemeldet worden. Auch gegenüber den Steuerbehörden wurden Einnahmen aus nichtselbständiger Tätigkeit ausgewiesen. Das Arbeitsentgelt wurde als Betriebsausgabe gebucht und es wurden hierauf Lohnsteuer und Sozialversicherungsbeiträge entrichtet. In dem Lohnkonto wurde die Klägerin noch Ende 2004 als Thekenhilfe gebucht, also nicht in herausragender Position - ein Umstand, der ihr nach eigenen Angaben in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat nicht bekannt war, obwohl sie die Buchhaltung gemacht haben will.

Soweit der Klägerin geltend macht, dass die Urlaubsregelung des Anstellungsvertrages nicht praktiziert worden sei und sie auch deutlich mehr als arbeitsvertraglich geschuldet gearbeitet habe, ist darauf hinzuweisen, dass Familienangehörige in der Regel ihren Urlaub abstimmen und auch ein gesteigertes Interesse am Erhalt des Familienbetriebes haben, so dass sie regelmäßig bereit sind, überdurchschnittliche Leistungen zu erbringen. Letzteres gilt in gleichem Maße für leitende Angestellte, die ebenfalls in der Regel bereit sind, überdurchschnittliche Leistungen auch in zeitlicher Hinsicht zu erbringen.

Aus dem Umstand, dass die Klägerin in ihrem Aufgabengebiet frei walten und schalten konnte, lässt sich ebenfalls nicht herleiten, dass sie selbstständig tätig war. Dies ist vielmehr geradezu typisch und immanent der Tätigkeit eines leitenden Angestellten. Der Senat vermag insbesondere nicht zu erkennen, dass die Klägerin die Geschäfte der Kommanditgesellschaft faktisch wie eine Alleininhaberin nach eigenem

Gutdünken führte, Geschäftspolitik trieb, strategische Entscheidungen fällte und die gegebene Betriebsordnung für sie nicht bestimmend war, zumal ihr Ehemann als Komplementär ebenso wie ihr Sohn als Prokurist ebenfalls qualifizierte Branchenkenntnisse besitzen und Letzterer für den kaufmännischen Bereich zuständig ist. Nach dem vorgelegten Organigramm war und ist die Klägerin sowohl ihrem Sohn und dieser bzw sie selbst ihrem Ehemann unterstellt. Ganz allgemein kann ein ständiges und bestehendes Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer aber nicht den Status des abhängig Beschäftigten aufheben. Hätte die Klägerin tatsächlich die Geschicke der Beigeladenen zu 4 selbst geleitet, wäre es naheliegend gewesen, auch das Haftungsrisiko zu verbreitern und eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Anpassung vorzunehmen. Dies war aber gerade nicht gewollt. Die Klägerin konnte aufgrund fehlender Gesellschaftsanteile die entscheidenden, gestaltenden und richtungsweisenden unternehmenspolitischen Entscheidungen nicht beeinflussen. Demzufolge hat die Klägerin auch in dem Fragebogen gegenüber der Allianz angegeben, dass ihr Ehemann die Gesamtleitung inne habe. Ihr war keine Rechtsmacht eingeräumt, die es ihr ermöglicht hätte, gegen den Willen der KG Geschäfte zu betreiben. Ob das Verhalten der Klägerin und ihres Ehemannes den Schluss auf das Vorliegen einer konkludent vereinbarten Ehegatten-Innengesellschaft zulässt, kann dahingestellt bleiben. Das Bestehen einer solchen Innengesellschaft steht der Annahme eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen. Das abhängige Beschäftigungsverhältnis besteht im vorliegenden Fall zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 4. Eine zwischen ihr und ihrem Ehemann bestehende Innengesellschaft hätte auf die KG keinerlei Einfluss. Die Klägerin war auch nicht als stille Gesellschafterin an der KG beteiligt. Im Übrigen wäre sie als stille Gesellschafterin nicht in der Lage, ihren Bindungen aus dem Anstellungsvertrag zu entgehen (BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)). Ein schriftlicher Vertrag zwischen den Eheleuten, aus dem sich etwas anderes ergeben könnte, wurde nicht geschlossen.

Ein weiteres Indiz für eine abhängige Beschäftigung ist, dass die Klägerin einen ansonsten anzustellenden Arbeitnehmer ersetzt hat.

Der Klägerin trug auch kein unternehmerisches Risiko. 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 (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R](#) -). Die Klägerin hat ein regelmäßiges Entgelt unabhängig von der Ertragslage erhalten. Die zusätzlich vereinbarte Tantieme führte zu keinem Unternehmerrisiko, denn diese ist angesichts des der Klägerin zustehenden festen Monatsgehalts dem Wagniskapital nicht gleichzusetzen, sondern Ausdruck auch bei Arbeitnehmern verbreiteter leistungsorientierter Vergütungsbestandteile und bei Angestellten mit herausgehobener Verantwortungsposition nicht unüblich. Bei der Klägerin bestand nie die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen.

An der Eigenschaft der Klägerin als abhängig Beschäftigte ändert sich schließlich nichts dadurch, dass sie Gelder in die Firma investiert und Darlehen gewährt hat. Insoweit bedurfte es der erneuten Vernehmung des Steuerberaters durch den Senat nicht, die Angaben der Klägerin zu ihrer finanziellen Unterstützung werden vielmehr als wahr unterstellt. Denn die Gewährung von Darlehen bzw Sicherheiten unter Familienangehörigen ist mit der Gewährung eines Darlehens oder einer Sicherheit durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, nicht zu vergleichen (vgl LSG Baden-Württemberg, Urteile vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#) - und vom 10. Oktober 2008 - [L 4 KR 4694/07](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 10. Juli 2009 - [L 1 KR 166/08](#) -). Familienmitglieder und insbesondere auch potenzielle Erben haben in der Regel ein gesteigertes Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Hieraus folgt aber kein wesentliches Unternehmerrisiko.

Im Ergebnis ist daher die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Beklagten nicht zu beanstanden und die Berufung der Klägerin zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Der Senat ändert damit zugleich die Kostenentscheidung erster Instanz ab. Denn am Verfahren ist eine Versicherte beteiligt, die zum kostenrechtlich begünstigten Personenkreis des [§ 183 SGG](#) gehört. Deswegen richtet sich die Kostenentscheidung in beiden Rechtszügen für alle Beteiligten einheitlich nach [§ 193 SGG](#) (BSG Beschluss vom 29. Mai. 2006 - [B 2 U 391/05 B- SozR 4-1500 § 193 Nr 3](#)).

Die Revision ist nicht zuzulassen, weil die Voraussetzungen des [§ 160 Abs 2 SGG](#) nicht erfüllt sind.

Rechtskraft
Aus
Login
BWB
Saved
2010-04-15