

L 11 KR 2108/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Karlsruhe (BWB)
Aktenzeichen
S 5 KR 4406/07
Datum
15.04.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 2108/09
Datum
03.05.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Karlsruhe vom 15. April 2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin seit 1. Juni 1998 in der Apotheke ihres Ehemannes, dem Beigeladenen zu 1), sozialversicherungspflichtig beschäftigt ist, wobei nur die Sozialversicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung streitig ist.

Der Beigeladene zu 1), der approbierter Apotheker ist, betreibt seit 1988 die S.-Apotheke in K ... Er beschäftigt zwei weitere approbierte Apothekerinnen, sieben pharmazeutisch-technische Assistenten und sechs pharmazeutisch-kaufmännische Assistenten.

Die am 23. Juni 1962 geborene Klägerin erlernte den Beruf einer pharmazeutisch-technischen Assistentin und übte im Anschluss an ihre Ausbildung diesen Beruf ab dem 1. Juli 1990 bei dem Beigeladenen zu 1) aus. Nach dem ursprünglichen (undatierten) Arbeitsvertrag (AV) aus dem Jahr 1990 erhielt die Klägerin ab dem 1. November 1990 für diese Tätigkeit 4.500,- DM, eine Weihnachtsgratifikation, einen Zuschuss zu vermögenswirksamen Leistungen und eine Kostenerstattung für die Benutzung von öffentlichen Verkehrsmitteln (§ 3 AV). Vereinbarung wurde des Weiteren ein Anspruch auf Urlaub von 30 Arbeitstagen (§ 4 AV). Mit Zusatzvertrag vom 30. August 1991 vereinbarte sie mit dem Beigeladenen zu 1) ein Gehalt von 7.000,- DM ab dem 1. September 1991, da sie ab diesem Zeitpunkt geschäftsführend tätig sei. Am 26. März 1993 heiratete sie den Beigeladenen zu 1). Dieser führt seit Beginn der Tätigkeit von dem an die Klägerin bezahlten Entgelt Lohnsteuer sowie Beiträge zur gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung ab. Das Entgelt wird als Betriebsausgabe verbucht. Zuständige Einzugsstelle war in der Zeit vom 1. Juli 1990 bis 31. Oktober 1992 die Barmer Ersatzkasse, vom 1. November 1992 bis 31. Mai 1998 die Techniker Krankenkasse und seit dem 1. Juni 1998 die Beklagte. Die Klägerin ist bei der DKV privat kranken- und pflegeversichert.

Am 15. Februar 2007 beantragte die Klägerin zusammen mit dem Beigeladenen zu 1) bei der Beklagten die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung ihrer Tätigkeit. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Ehegatten gaben die Klägerin und der Beigeladene zu 1) unter dem 12. Februar 2007 an, sie sei seit 1. Juli 1990 (jetzt als Geschäftsführerin) im Betrieb des Beigeladenen zu 1) beschäftigt und erhalte hierfür monatlich 7.026,59 EUR (brutto). Die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit betrage 45 Stunden. Sie sei für die Fakturierung, den Einkauf, den Zahlungsverkehr, die Buchführung, das Personalwesen, die Kundenakquise und den Verkauf zuständig und sei wie eine fremde Arbeitskraft in den Betrieb eingegliedert. Sie übe die Tätigkeit tatsächlich aus, ohne ihre Mitarbeit hätte eine andere Arbeitskraft eingestellt werden müssen und sie sei auch an Weisungen des Betriebsinhabers über die Ausführung der Arbeit gebunden, wobei das Weisungsrecht tatsächlich ausgeübt werde. Sie könne ihre Tätigkeit frei bestimmen und gestalten. Die Mitarbeit sei durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Sie habe Anspruch auf Fortzahlung von Arbeitsentgelt bei Arbeitsunfähigkeit für sechs Wochen sowie Anspruch auf Urlaub von 30 Arbeitstagen. Das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bank-/Girokonto überwiesen, Lohnsteuer werde entrichtet und das Arbeitsentgelt werde als Betriebsausgabe gebucht. Darüber hinaus habe sie dem Beigeladenen zu 1) Darlehen gewährt und Sicherheiten übernommen. Neben dem AV von 1990 und dem Zusatzvertrag von 1991 legte der Beigeladene zu 1) die Darlehensverträge zwischen der S.-LB und der S.-Apotheke K. vom 7. November 1996 (Darlehensbetrag 650.000,- DM) und 25. November 1996 (Darlehensbetrag 350.000,- DM) vor, wobei als Darlehensnehmer sowohl der Beigeladene zu 1) als auch die Klägerin angegeben wurden. Des Weiteren legte er die Zweckerklärung für Grundschulden (Höhe 650.000,- DM; undatiert), die Vereinbarung eines Kontokorrentkredits zwischen der S.-LB und der S.-Apotheke K. in Höhe von 450.000,- DM vom 14. November 1996 (mit Schuldbetritt durch die Klägerin) sowie die Zweckerklärungen für Grundschulden vom

22. Juni 1998, 7. Januar 2002, 14. Oktober 2003 und 16. August 2005 (Blatt 25 - 49 der Verw-Akte) vor. Unter dem 23. März 2007 teilte der Beigeladene zu 1) weiter mit, dass die Klägerin und er das Fachwissen besäßen, um die Apotheke zu leiten. Er selbst sei als Apotheker an der Geschäftsführung der S.-Apotheke beteiligt.

Mit Bescheid vom 31. Mai 2007 stellte die Beklagte fest, dass seit dem 1. Juni 1998 ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis der Klägerin bei dem Beigeladenen zu 1) vorliege und die Klägerin als Arbeitnehmerin der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliege. Eine Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe nicht, da sie seit dem 1. Juni 1998 die Beitragsbemessungsgrenze überschreite. Nach den vorliegenden Unterlagen sei die Klägerin weisungsgebunden beschäftigt und verfüge nicht über das alleinige Fachwissen, das zur Leitung der Apotheke notwendig sei. Dass sie zusammen mit dem Beigeladenen zu 1) Darlehensverträge unterschrieben habe, sei unter Ehegatten nicht unüblich. Dies schließe ein Beschäftigungsverhältnis nicht aus. Insgesamt überwögen die Indizien, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen. Der Bescheid enthielt den Hinweis, dass er auch im Namen der Pflegekasse ergehe. Mit weiterem Bescheid vom 31. Mai 2007 übermittelte die Beklagte den Beigeladenen zu 1) den an die Klägerin gerichteten Bescheid vom 31. Mai 2007 und wies ihn auf die Möglichkeit der eigenständigen Widerspruchseinlegung hin.

Am 27. Juni 2007 erhob die Klägerin Widerspruch und trug zur Begründung vor, sie führe die S.-Apotheke gemeinsam mit dem Beigeladenen zu 1) und trete nach innen (zB gegenüber Mitarbeitern) sowie nach außen (gegenüber Lieferanten, Kunden, Banken usw.) als Mitunternehmerin und nicht als abhängig Beschäftigte auf. Die faktische Durchführung der Tätigkeit entspreche in keiner Weise den arbeitsvertraglichen Vorgaben. Die Arbeitszeiten orientierten sich nicht am Vertrag, sondern nach den betrieblichen Notwendigkeiten. Alle betriebswirtschaftlichen Entscheidungen würden gemeinsam gleichberechtigt getroffen. Zudem bürge sie in erheblichem Umfang für die Kredite der S.-Apotheke. Dies sei ein gewichtiges Indiz, das gegen die Annahme einer sozialversicherungspflichtigen Beschäftigung spreche. Durch die finanzielle Gesamtsituation fehle es auch an der persönlichen Abhängigkeit. Sie befände sich dadurch in einer Position, die es nicht zulasse, dass der Beigeladene zu 1) ihr nicht genehme Entscheidungen treffe. Insgesamt trage sie auch ein wesentliches Unternehmerrisiko. Zu berücksichtigen sei des Weiteren, dass die Bundesagentur für Arbeit an die Statusfeststellungsentscheidung der Beklagten gebunden sei. Die Beklagte sei daher verpflichtet, die Betroffenen darauf hinzuweisen und ihren Bescheid mit einem entsprechenden Hinweis zu versehen.

Der Widerspruchsausschuss der Beklagten wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 27. August 2007 als unbegründet zurück, wobei auf die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung im Bescheid vom 31. Mai 2007 Bezug genommen wurde. Ergänzend wurde darauf hingewiesen, dass in der Vergangenheit weder von dem Beigeladenen zu 1) noch von der Klägerin oder dem beauftragten Steuerberater jemals Einwendungen gegen die Arbeitnehmereigenschaft vorgebracht worden seien. Die An- und Jahresmeldungen seien anstandslos an die Einzugsstelle geschickt worden. Auch sei regelmäßiges Arbeitsentgelt gezahlt worden, welches der Lohnsteuerpflicht unterliege. Dass das Arbeitsverhältnis von Anfang an durch familienhafte Beziehungen und Entgegenkommen gekennzeichnet gewesen sei und daher das Weisungsrecht sehr verfeinert ausgeübt worden sei, stehe der Versicherungspflicht nicht entgegen und sei vielmehr bei familienhafter Mitarbeit in einem Beschäftigungsverhältnis symptomatisch. Im Fragebogen sei ausdrücklich angegeben worden, dass die Klägerin in den Betrieb wie eine fremde Arbeitskraft eingegliedert und auch an Weisungen des Betriebsinhabers gebunden sei und dieses Weisungsrecht tatsächlich ausgeübt werde. Der nun rückwirkend anders dargestellte Sachverhalt könne nicht glaubhaft nachvollzogen werden.

Hiergegen hat die Klägerin am 5. September 2007 beim Sozialgericht Karlsruhe (SG) Klage erhoben und ihr bisheriges Vorbringen wiederholt, wobei sie vertiefend darauf hingewiesen hat, dass der Betrieb des Beigeladenen zu 1) aufgrund ihrer finanziellen Verpflichtungen wirtschaftlich von ihr abhängig sei. Der Beigeladene zu 1) sei in Streitsituationen nicht in der Lage, ihr nicht genehme Weisungen durchzusetzen. Des Weiteren habe sich die Beklagte nicht zur im Widerspruchsverfahren geltend gemachten Fürsorgepflicht geäußert und übersehen, dass sie verpflichtet sei, sie über die Informationspflicht Seitens der Bundesagentur für Arbeit zu informieren.

Das SG hat den Sachverhalt mit der Klägerin und der Beklagten am 12. November 2007 erörtert. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen (Bl 14 - 18 der SG-Akte). Mit Beschluss vom 4. Dezember 2007 hat es den Ehemann der Klägerin (Beigeladener zu 1), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 2) und die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 3) zum Verfahren beigeladen.

Mit Gerichtsbescheid vom 15. April 2009 hat das SG die Klage abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei unbegründet, soweit die Klägerin die Feststellung der Versicherungsfreiheit in der Renten- und Arbeitslosenversicherung begehre. Im Übrigen sei die Klage unzulässig, da die Beklagte über eine Ergänzung ihres Bescheids vom 31. Mai 2007 im Hinblick auf die Bindung der Beigeladenen zu 2) und ihre statusrechtliche Entscheidung noch nicht entschieden habe. Insgesamt überwögen die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen. Die Klägerin unterstehe der Weisungsbefugnis des Beigeladenen zu 1). Bei ihrer Tätigkeit handele es sich um eine Dienstleistung höherer Art, wobei sie in einem fremden Betrieb eingegliedert sei. Sie verfüge nicht über eine eigene Betriebsstätte. Inhaber der S.-Apotheke sei vielmehr der Beigeladene zu 1). Die Klägerin sei auch nicht befugt, eine Apotheke zu betreiben, da dies nur Personen erlaubt sei, die - anders als die Klägerin - über eine Approbation als Apotheker verfügten. Es bestünden auch keine Anhaltspunkte dafür, dass die Klägerin den Betrieb wie ein Unternehmer führe. Die Rechtsmacht hierzu liege allein beim Beigeladenen zu 1). Im Übrigen sei es nicht ersichtlich, dass die Klägerin eine unternehmerische Entscheidung von Gewicht ohne oder gar gegen den Willen des Beigeladenen zu 1) getroffen habe. Ein weiteres Indiz für die Beschäftigung sei der Abschluss eines schriftlichen Arbeitsvertrages im Jahr 1990. Die Ausgestaltung enthalte typische Elemente eines Arbeitsvertrags für Arbeitnehmer. Für ein Beschäftigungsverhältnis spreche zudem das Fehlen eines Unternehmerrisikos. Die Klägerin setze ihre Arbeitskraft nicht mit der Gefahr eines Verlustes ein. Sie erhalte vielmehr ein festes Arbeitsentgelt. An diesem Ergebnis ändere auch der Umstand nichts, dass die Klägerin im Hinblick auf den Kontokorrentkredit in Höhe von 450.000,- DM einen Schuldbeitritt erklärt habe und am gemeinsamen Hausgrundstück je zur Hälfte eine Grundschuld habe bestellen lassen. Denn ein Unternehmerrisiko im Rechtssinne liege nur vor, wenn den geschäftlichen Risiken auch Chancen gegenüberstünden, nicht aber, wenn nachteilige Elemente der abhängigen Beschäftigung und der Selbständigkeit in einer Weise verknüpft seien, die zu einer Kumulation der Nachteile beider Formen der Erwerbstätigkeit auf Seiten des Arbeitnehmers führe. Allein die Auferlegung besonderer Risiken mache einen abhängig Beschäftigten nicht zu einem Selbständigen.

Hiergegen richtet sich die am 6. Mai 2009 beim Landessozialgericht (LSG) eingelegte Berufung, mit der ergänzend zum bisherigen Vortrag geltend gemacht wird, ein Gesellschaftsverhältnis zwischen Eheleuten sei dann anzunehmen, wenn sich feststellen lasse, dass die Eheleute abredegemäß durch beiderseitige Leistungen einen über den typischen Rahmen der ehelichen Lebensgemeinschaft hinausgehenden Zweck verfolgten, in dem sie etwa durch Einsatz von Vermögenswerten und Arbeitsleistung gemeinsam ein Vermögen aufbauten oder berufliche

bzw gewerbliche Tätigkeiten gemeinsam ausübten. Die S.-Apotheke sei von ihr und dem Beigeladenen zu 1) gemeinsam auf- und ausgebaut worden. Alle unternehmensrelevanten Entscheidungen seien gemeinsam getroffen worden. Auch die Aufgaben seien gleichmäßig verteilt, wobei ihr Einsatz weit über das hinausgehe, was üblicherweise von einer fremden Arbeitskraft im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses verrichtet werde. Das in den Jahren 1996/1997 gekaufte Wohnhaus gehöre ihnen beiden zu gleichen Teilen. Es sei über ein Dreikonten-Modell voll finanziert worden. Es werde den vorliegenden Verhältnissen nicht gerecht, wenn man den dadurch erzielten Vermögensgewinn als Schenkung des Beigeladenen zu 1) ansehen würde. Vielmehr sei diese Vorgehensweise dem ursprünglichen Beschluss zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 1) geschuldet, ein Geschäft gemeinsam zu gründen und aufzubauen. Es treffe daher nicht zu, dass bei ihr ein Unternehmerrisiko fehle. Durch den Schuldbeitritt und die Grundschild hänge das persönliche finanzielle Wohl mit der S.-Apotheke zusammen. Dass sie selbst über keine Approbation als Apothekerin verfüge und daher nicht zur Führung einer Apotheke berechtigt sei, stehe der Annahme einer nicht bestehenden Beschäftigung nicht entgegen, da sie die Apotheke nicht alleine, sondern gemeinsam mit dem Beigeladenen zu 1) führe. Schließlich sei zu beachten, dass bei ihnen eine Innengesellschaft vorliege, sodass auch hierdurch die Versicherungspflicht ausgeschlossen sei.

Die Klägerin beantragt,

den Gerichtsbescheid des Sozialgerichts Karlsruhe vom 15. April 2009 und den Bescheid der Beklagten vom 31. Mai 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. August 2007 aufzuheben sowie festzustellen, dass ihre Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1) seit dem 1. Juni 1998 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und weist ergänzend darauf hin, dass es nicht darauf ankomme, dass das Wohnhaus im Rahmen eines sogenannten Dreikonten-Modells finanziert worden sei. Dies sei für die Beurteilung der versicherungspflichtigen Beschäftigung der Klägerin ohne Bedeutung. Denn es handle sich ausschließlich um ein Steuersparmodell, das einem Unternehmer freistelle, ob er Schuldzinsen für private Anschaffungen (steuermindernd) über betriebliche Konten laufen lassen wolle. Unerheblich sei auch, dass Teile der Gewinne aus dem Geschäftsbetrieb zum Ausgleich der Darlehensschuld für das Wohnhaus eingesetzt würden und dies der Klägerin als Miteigentümerin zugutekomme. Dies habe auch nichts mit einer Schenkung zu tun, sondern einzig und allein damit, wie das Eigenheim finanziert werde und welche steuerlichen Möglichkeiten für die Eigentümer vorteilhaft seien. Auch durch das gewählte Steuermodell könne kein Unternehmerrisiko begründet werden.

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

Nachdem der Senat auf die Entscheidung des 4. Senats des LSG vom 29. April 2009 ([L 4 KR 1118/07](#)) hingewiesen hat, haben sich die Beteiligten mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz sowie auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat aufgrund des Einverständnisses der Beteiligten nach [§ 153 Abs 1](#) iVm [§ 124 Abs 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist statthaft und zulässig, aber nicht begründet. Denn das SG hat die Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§§ 54 Abs 1, 55 Abs 1 SGG](#)) zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 31. Mai 2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. August 2007 ([§ 95 SGG](#)) ist rechtmäßig und verletzt sie nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass die Klägerin seit 1. Juni 1998 bei dem Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt ist und deshalb der Versicherungspflicht in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt. In der Krankenversicherung besteht aufgrund des Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze Versicherungsfreiheit ([§ 6 Abs 1 Nr 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch [SGB V]). Nachdem die Klägerin nicht freiwilliges Mitglied der Beklagten in der Krankenversicherung ist, besteht auch keine Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung (vgl [§ 20 Abs 1 Satz 1, Abs 3](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch [SGB XI]).

Da die Klägerin in der Berufungsinstanz ihren im Klageverfahren noch geltend gemachten Hilfsantrag (Informationspflicht der Beklagten im Hinblick auf die Bindungswirkung ihrer Entscheidung gegenüber der Beigeladenen zu 2) nicht mehr aufrechterhalten hat, ist nur noch über ihre Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung zu entscheiden.

Die hier für die Zeit ab dem 1. Juni 1998 nach [§ 28i Satz 2 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle ist die Beklagte. Nach [§ 28i Satz 2 SGB IV](#) gilt: Für Beschäftigte, die bei keiner Krankenkasse versichert sind, werden Beiträge zur Rentenversicherung und zur Arbeitsförderung an die Einzugsstelle gezahlt, die der Arbeitgeber in entsprechender Anwendung des 175 Abs 3 Satz 2 SGB V gewählt hat. Nachdem die Klägerin wegen Überschreitens der Jahresentgeltgrenze bei keiner gesetzlichen Krankenkasse versichert ist und der Beigeladene zu 1) die Beklagte ab dem 1. Juni 1998 als zuständige Einzugsstelle gewählt hat, ist sie für diese Zeit die zuständige Einzugsstelle. Für die Zeit davor waren hingegen die zuständige Einzugsstellen die Techniker Krankenkasse und die (frühere) Barmer Ersatzkasse. Aufgrund der Wahl der Beklagten als zuständige Einzugsstelle ab dem 1. Juni 1998 ist die Entscheidungsbefugnis über die Versicherungspflicht ab diesem Zeitpunkt auf die Beklagte übergegangen (vgl allg hierzu Bundessozialgericht [BSG] [SozR 4-2400 § 28h Nr 4](#)).

Eine Zuständigkeit der Beigeladenen zu 3) für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht, die eine Zuständigkeit der Beklagten ausschließt, ergibt sich für den vorliegenden Fall im Übrigen nicht aus [§ 7a Abs 1 Satz 2 SGB IV](#), eingefügt mit Wirkung ab 1. Januar 2005 durch Art 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 [§ 28h 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 des Verwaltungsverfahrens 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 1. 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 jedoch erst bei Tätigkeiten durchzuführen, die erstmals nach dem 30. März 2005 aufgenommen worden sind (vgl. Marschner in Kreikebohm, Kommentar zum SGB IV, § 7a Rdnr 3; Lütke in LPK-SGB IV, § 7a Rdnr 11). In den Fällen, in denen die Tätigkeit bereits zuvor ausgeübt worden war, verbleibt es bei der Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28h Abs 2 SGB IV](#). Dies gilt auch dann, wenn nach dem 30. März 2005 ein Krankenkassenwechsel stattgefunden hat. Die Aufnahme der Tätigkeit der Klägerin erfolgte bereits vor dem 30. März 2005, nämlich am 1. Juli 1990, sodass die Beklagte für die Feststellung der Sozialversicherungspflicht im hier streitigen Zeitraum zuständig ist.

Gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) in der seit 1. Januar 2006 geltenden Fassung der Bekanntmachung vom 23. Januar 2006 ([BGBl I, S 86](#)) entscheidet die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung und prüft die Einhaltung der Arbeitsentgeltgrenzen bei geringfügiger Beschäftigung nach den [§§ 8 und 8a SGB IV](#); sie erlässt auch den Widerspruchsbescheid. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen ua in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch und [§ 24 Abs 1](#) und [§ 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. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind gemäß [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) in der seit 1. Januar 1999 geltenden Fassung des Art 1 Nr 1 a des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 (BGBl I 2000, 2) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

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 17. Dezember 2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) - und vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06](#) -, 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 z.B. 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 8. Dezember 1987 - [7 RA 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 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 für die Zeit ab dem 1. Juni 1998 nach dem (weiterhin gültigen) AV aus dem Jahr 1990 in Verbindung mit der Zusatzvereinbarung vom 30. August 1991 sowie dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit der Klägerin. Trotz der von der Klägerin schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung ihrer Tätigkeit bei dem Beigeladenen zu 1) überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Die Tätigkeit wurde im hier streitigen Zeitraum ab dem 1. Juni 1998 wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Der AV aus dem Jahr 1990 in Verbindung mit der Zusatzvereinbarung vom 30. August 1991, die zusammen weiterhin die rechtliche Grundlage der Tätigkeit der Klägerin bei dem Beigeladenen zu 1) bilden, erlauben aufgrund ihres Inhalts eine uneingeschränkte Zuordnung zum Typus der abhängigen entgeltlichen Beschäftigung. Nicht nur ab Beginn der Beschäftigung bei dem Beigeladenen zu 1) am 1. Juli 1990, sondern auch ab dem Zeitpunkt der Eheschließung (26. März 1993) erhielt bzw. erhält die Klägerin von dem Beigeladenen zu 1) ein regelmäßiges monatliches Arbeitsentgelt, das der Klägerin auf ihr privates Girokonto überwiesen wird. Auf dieses monatliche Entgelt hat die Klägerin gemäß § 3 AV in Verbindung mit der Zusatzvereinbarung vom 30. August 1991 auch einen Anspruch. Die Klägerin hat darüber hinaus Anspruch auf Weihnachtsgratifikation, einen Zuschuss zu vermögenswirksamen Leistungen und einen Aufwendungsersatz für Fahrten zwischen der Wohnung und der Arbeitsstelle mit öffentlichen Verkehrsmitteln (§ 3 AV). Des Weiteren ist in § 4 AV geregelt, dass sie einen Anspruch auf Urlaub von 30 Arbeitstagen hat. Zudem erhält die Klägerin nach ihren eigenen Angaben im Feststellungsbogen vom 12. Februar 2007 Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall für die Dauer von sechs Wochen.

Die Zahlung eines regelmäßigen monatlichen Bruttoentgelts, das keine Gewinn- bzw. Umsatzbeteiligung enthält, spricht bereits gegen eine selbstständige Tätigkeit der Klägerin in der hier streitigen Zeit. Es handelt sich vielmehr - auch im Hinblick auf die genannten Gratifikationen und Zuschüsse - um klassische Entgeltkomponenten für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Das regelmäßige monatliche Bruttoentgelt von zuletzt 7.026,59 EUR entspricht auch der Vergütung eines abhängig beschäftigten Geschäftsführers. Zwar hat die Klägerin im Feststellungsbogen vom 12. Februar 2007 angegeben, das ihr gezahlte Entgelt entspreche nicht dem tariflichen bzw. ortsüblichen Lohn/Gehalt, weil es sich um eine "eigenverantwortliche Tätigkeit, bei der nur der Betriebserfolg zählt" handele. Daraus ergibt sich jedoch nicht, dass das Gehalt der Klägerin vom Gewinn bzw. Umsatz (im Sinne eines Betriebserfolgs) abhängig war bzw. ist. Das Arbeitsentgelt wird zudem auf ihr privates Konto überwiesen, für das sie verfügungsberechtigt ist. Damit wurde und wird durch die Zahlung des Arbeitsentgelts deutlich gemacht, dass ein (sozialversicherungspflichtiges) Beschäftigungsverhältnis von Anfang an gewollt war, und zwar auch noch nach der Eheschließung.

Es fehlt an tatsächlichen Anhaltspunkten dafür, dass die entsprechenden Willenserklärungen hinsichtlich des AV aus dem Jahr 1990 und der Zusatzvereinbarung vom 30. August 1991 rechtlich nicht ernst gemeint ([§ 118 Bürgerliches Gesetzbuch \[BGB\]](#)) oder unter den rechtlichen Voraussetzungen eines Scheingeschäfts ([§ 117 BGB](#)) abgegeben worden wären. Es mag sein, dass für den Abschluss des Arbeitsvertrags andere als sozialversicherungsrechtliche Gründe maßgebend waren. Dies erfordert es aber nicht, sie bei der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung außer Betracht zu lassen. Denn es unterliegt nicht der Disposition der Klägerin, die Wirkungen eines wirksamen Vertrags nach Maßgabe seiner Individualnützlichkeit bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. hierzu BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#) Rdnr 20).

Aus dem gezahlten Bruttoentgelt, das als Betriebsausgabe bei dem Beigeladenen zu 1) verbucht wird, wurden auch von Anfang an Beiträge zur Sozialversicherung abgeführt. Insoweit wurden und werden die Einnahmen auch als solche aus nichtselbstständiger Arbeit von der Klägerin durchgehend versteuert. Die Verbuchung der Vergütung an Ehegatten als Betriebsausgaben und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer ist jedoch ein (weiteres) Indiz für eine abhängige Beschäftigung (BSG [SozR Nr 22 zu § 165 RVO](#)). Diese gewollte Handhabung unterscheidet sich nicht von derjenigen der in der Apotheke des Beigeladenen zu 1) als Arbeitnehmer beschäftigten weiteren Mitarbeiter.

Unabhängig hiervon verrichtet die Klägerin nach ihren eigenen Angaben typische Tätigkeiten eines Geschäftsführers und unterliegt hierbei auch den Weisungen des Beigeladenen zu 1), wie beide im Feststellungsbogen vom 12. Februar 2007 bestätigt haben. Danach zählt zu den Aufgaben der Klägerin die Fakturierung, der Einkauf, der Zahlungsverkehr, die Buchführung, das Personalwesen, die Kundenakquise und der Verkauf. Im Erörterungstermin am 12. November 2007 hat die Klägerin konkretisierend hierzu angegeben, dass sie Kontakte zu den Arztpraxen und zu einem Altersheim pflegt. Sie stellt zudem den Arbeitsplan auf und ist für die Urlaubsansprüche der übrigen Mitarbeiter zuständig. Schließlich bereitet sie die Buchhaltung für den Steuerberater vor. Für die ordnungsgemäße Führung der S.-Apotheke in K. ist jedoch nur der Beigeladene zu 1) (allein-)verantwortlich. Denn nur dieser verfügt als approbierter Apotheker (vgl. hierzu § 20 der Approbationsordnung für Apotheker vom 19. Juli 1989 in der Fassung des Art 9 des Gesetzes vom 24. Juli 2010, [BGBl. I S 983](#)) über die Befugnis, die Apotheke zu führen und den Apothekerberuf auszuüben (vgl. § 2 Abs 1 der Bundesapothekenordnung vom 5. Juni 1968 in der Gestalt des Art 4 des Gesetzes vom 24. Juli 2010, [BGBl. I S 983](#)). Als Inhaber der Apotheke kann auch nur er die Arbeitsverträge mit den übrigen Mitarbeitern schließen, auch wenn die Klägerin auf die Auswahlentscheidung maßgeblichen Einfluss hat. Da die Klägerin unstreitig über keine Approbation verfügt, kann sie aber den Apothekerberuf nicht ausüben und damit auch keine Apotheke führen. Nach außen kann die Klägerin mithin in keinem Fall als Inhaberin oder Betreiberin der S.-Apotheke K. auftreten. Vielmehr ist alleinverantwortlicher Inhaber der S.-Apotheke der Beigeladene zu 1).

Soweit die Klägerin im Berufungsverfahren erstmals vorträgt, eine Mitunternehmerschaft bestehe aufgrund einer Ehegatteninnengesellschaft, konnte sich der Senat von dem Bestehen einer Innengesellschaft nicht überzeugen. Der Zweck einer Innengesellschaft gemäß den [§§ 705 ff BGB](#) besteht darin, gemeinsam mit dem Betrieb einen Gewinn zu erwirtschaften. Ein konkludent geschlossener Gesellschaftsvertrag kann nur angenommen werden, wenn die Umstände des Einzelfalls den Schluss auf den Willen der Beteiligten zulassen, eine rechtliche Bindung gesellschaftsrechtlicher Art einzugehen. Dies ist bei Ehegatten bejaht worden, wenn diese gemeinsam einen Betrieb aufbauen wollten und sich nur im Hinblick auf die Verschuldung zB des Ehemannes und zur Vermeidung des Zugriffs seiner Gläubiger dafür entschieden haben, im Außenverhältnis allein die Ehefrau als Betriebsinhaberin auftreten zu lassen (Beschluss des Senats vom 15. April 2011 - [L 11 KR 2805/10](#) - mwN). Im vorliegenden Fall führt der Beigeladene zu 1) die S.-Apotheke jedoch seit 1988, dh bereits vor der Aufnahme der Beschäftigung der Klägerin. Darüber hinaus ist weder dargelegt noch erwiesen, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 1) ein gemeinschaftliches Gesellschaftsvermögen ([§ 718 Abs 1 BGB](#)) bilden wollten und gebildet haben.

Selbst wenn eine bürgerlich-rechtliche Innengesellschaft vorläge, würde dies nicht zwangsläufig bedeuten, dass die Klägerin nicht gleichwohl nach den von der Rechtsprechung entwickelten Kriterien als abhängig Beschäftigte in den Betrieb des Beigeladenen zu 1) eingegliedert ist (vgl BSG, Urteil vom 10. Mai 2007 - [B 7a AL 8/06 R](#) = veröffentlicht in juris). Denn als Gesellschafter einer Innengesellschaft wäre die Klägerin nur dann als Mitunternehmer zu betrachten, wenn sie nicht nur am Gewinn, sondern auch am Verlust der Gesellschaft beteiligt ist (so zur stillen Beteiligung an einer KG gemäß den §§ 230 ff, Urteil des Senats vom 20. Juli 2010 - [L 11 KR 3910/09](#) = [DStR 2010, 2367](#)). Dies ist jedoch weder vorgetragen noch ersichtlich. Da die Klägerin jedoch im Außenverhältnis keinesfalls haftet und auch nicht haften soll, trifft sie auch kein Unternehmerrisiko. Damit ist sie auch nicht als Mitunternehmer anzusehen, selbst wenn eine Innengesellschaft vorliegen sollte. Damit fehlt es an jeglichem Nachweis einer rechtsverbindlich gewollten Begründung einer Mitunternehmerschaft.

Ein sozialversicherungsrechtlich entscheidendes Unternehmerrisiko ergibt sich auch nicht daraus, dass die Klägerin hinsichtlich des Vertrags des Beigeladenen zu 1) mit der S.-LB vom 14. November 1996 über einen Kontokorrentkredit in Höhe von damals 450.00,- DM ein Schuldbeitritt erklärt und an dem gemeinsamen Hausgrundstück, das ihr und dem Beigeladenen zu 1) jeweils zur Hälfte gehört, eine Grundschuld hat bestellen lassen. Die Gewährung von Darlehen, die Übernahme von Bürgschaften und auch entsprechende Schuldbeitritte sind nicht mit der Gewährung eines Darlehens durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, zu vergleichen (vgl hierzu nur Urteil des Senats vom 23. Februar 2010, [L 11 KR 2460/09](#), mwN; Urteil des Senats vom 1. Februar 2011, [L 11 KR 1541/09](#), veröffentlicht in juris; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 15. August 2008 - [L 4 KR 4577/06](#), veröffentlicht in juris). Eheleute haben als solche ein gesteigertes beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Hieraus ergibt sich aber nicht ein Unternehmerrisiko.

Diese Haftung tritt deshalb gegenüber den Gesichtspunkten, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, in den Hintergrund. Mit der arbeitsvertraglich vereinbarten Vergütung wird vielmehr die Tätigkeit als solche entgolten. Die Beklagte hat in diesem Zusammenhang auch zutreffend darauf hingewiesen, dass es unerheblich ist, dass Teile der Gewinne aus dem Geschäftsbetrieb zum Ausgleich der Darlehensschuld für das Wohnhaus eingesetzt werden und dies der Klägerin als Miteigentümerin zugutekommt. Denn auch hierdurch wird ein rechtlich relevantes Unternehmerrisiko nicht begründet.

Dass die Entwicklung der S.-Apotheke auch vom Engagement der Klägerin abhing bzw weiterhin abhängt, unterscheidet ihre Position im Übrigen qualitativ nicht wesentlich von derjenigen leitender Angestellter, die sich unter dem Anreiz einer möglichen Steigerung auch der eigenen Bezüge für das Fortkommen des Unternehmens einsetzen.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGB.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-05-12