

L 5 KR 5955/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Freiburg (BWB)
Aktenzeichen
S 14 KR 1286/07
Datum
12.11.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 KR 5955/09
Datum
06.07.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Auf die Berufung der Beigeladenen Ziff. 3 wird das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 12.11.2009 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind der Berufungsklägerin in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um die Versicherungspflicht der Klägerin in ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen Ziff. 4. Die Beigeladene Ziff. 3 wendet sich mit der von ihr eingelegten Berufung gegen die Feststellung durch das Sozialgericht, dass die von der Klägerin ausgeübte Tätigkeit nicht sozialversicherungspflichtig ist.

Die Beigeladene Ziff. 4 ist ein Autohaus, welches in der Rechtsform einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) geführt wird. Diese wurde mit Gesellschaftsvertrag vom 24.03.1995 gegründet. Das Stammkapital von insgesamt 50.000 DM wurde zunächst in Höhe von 500 DM vom Vater der Klägerin und in Höhe von 49.500 DM vom Ehemann der Klägerin, zwischenzeitlich allein von letzterem gehalten. Der Ehemann der Klägerin ist der alleinige Geschäftsführer der Beigeladenen Ziff. 4. Diese führt die Geschäfte des ursprünglich vom Vater der Klägerin geführten Einzelunternehmens weiter. Die Klägerin war für das frühere Einzelunternehmen und ist ab 01.05.1995 für die Beigeladene Ziff. 4 tätig. Der Anstellungsvertrag zwischen der Klägerin und der Beigeladenen Ziff. 4 vom 30.04.1995 sieht in § 2 Nr. 1 eine regelmäßige Wochenarbeitszeit von 37 Stunden vor, in § 3 ein Bruttoarbeitsentgelt von 3.502 DM und in § 4 eine Regelung zum Weihnachtsgeld. § 8 enthält eine Kündigungsregelung mit einer Frist von vier Wochen zum 15. eines Monats oder zum Monatsende, § 15 regelt den Urlaubsanspruch und § 18 die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall.

Die Klägerin ist seit 01.01.1999 als versicherungspflichtiges Mitglied bei der Beklagten als Einzugsstelle gemeldet. Zuvor wurden Beiträge an die Barmer Ersatzkasse abgeführt.

Die Klägerin und die Beigeladene Ziff. 4 beantragten durch ihren gemeinsamen Bevollmächtigten am 31.10.2005 bei der Beklagten die "Befreiung" der Klägerin "von der Versicherungspflicht" für die Zeit spätestens seit 02.11.1981 und Rückerstattung der gezahlten Sozialversicherungsbeiträge. Zur Begründung führten sie aus, die Klägerin gehöre spätestens seit dem 02.11.1981 aufgrund ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen Ziff. 4 dem Personenkreis der selbständig Tätigen an. Sie sei seitdem wie eine Geschäftsführerin der Beigeladenen Ziff. 4 und im Hinblick auf die Gestaltung und Erledigung ihrer Tätigkeit hinsichtlich Arbeitsort, -zeit, -dauer sowie -umfang eigenverantwortlich tätig gewesen. Eine Weisungsgebundenheit bestehe nicht, es erfolge eine familienhafte Rücksichtnahme der Beteiligten untereinander. Urlaub bedürfe keiner Genehmigung, Überstunden würden nicht vergütet. Die Klägerin habe bereits häufiger auf ihre Vergütung verzichtet und für die Beigeladene Ziff. 4 gebürgt. Sie sei Miteigentümerin des Betriebsgrundstücks der Beigeladenen Ziff. 4.

In einer von der Beklagten eingeholten Stellungnahme vom 29.08.2006 äußerte die Beigeladene Ziff. 3 ihre Auffassung, dass es sich mangels Beteiligung der Klägerin an der Beigeladenen Ziff. 4 und mangels Bestellung zur Geschäftsführerin nicht um eine selbständig Tätige handele, sondern dass die Klägerin vom Betriebsinhaber bewusst nicht zur Mitinhaberin berufen worden sei und stattdessen als abhängig Beschäftigte geführt worden sei. Es handele sich um ein jahrzehntelang gelebtes Beschäftigungsverhältnis, dass nach einem Motivwechsel der Klägerin rückwirkend als selbständige Tätigkeit dargestellt werde, um eine Erstattung vermeintlich zu Unrecht gezahlter Pflichtbeiträge zu erlangen.

Die Beklagte stellte mit Bescheid vom 07.12.2006 gegenüber der Klägerin fest, dass sie erst seit 01.01.1999 Mitglied der Beklagten sei, so

dass eine sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit erst ab diesem Zeitpunkt vorgenommen werde. Für die Zeit vor der Gründung der Beigeladenen Ziff. 4 erfolge keine Beurteilung, weil die Beiträge zur Sozialversicherung bereits verjährt seien und eine Beurteilung gesondert durch den jeweiligen Träger zu erfolgen habe. Inhaltlich stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene Ziff. 4 seit dem 01.01.1999 eine Beschäftigung darstelle, die in allen Zweigen der Sozialversicherung der Versicherungspflicht unterliege. Dem Antrag auf "Befreiung" von der Sozialversicherungspflicht könne nicht entsprochen werden. Die Klägerin sei seit 01.05.1995 bei der Beigeladenen Ziff. 4 beschäftigt. Sie sei weder Geschäftsführerin der Beigeladenen Ziff. 4 noch an dieser beteiligt. Es fehle daher am Unternehmerrisiko, die Klägerin könne mangels Stimmrecht auch keinen Einfluss auf die Geschicke des Unternehmens nehmen. Das Beschäftigungsverhältnis sei zwar freier gestaltet als das anderer Betriebsangehöriger, sie sei aber dennoch weisungsgebunden.

Gegen diesen Bescheid erhob die Klägerin am 27.12.2006 Widerspruch, den sie damit begründete, dass sie bereits seit 1970 im Unternehmen ihres Vaters tätig gewesen sei. Nach dem Tod der Mutter 1981 habe sie an der Seite ihres Vaters das Unternehmen geleitet. Dabei habe zwischen 1981 und 1985 der Vater der Klägerin die Werkstatttätigkeit durchgeführt, die Klägerin sei die alleinige kaufmännische Leiterin des Unternehmens gewesen. Die Klägerin habe 1995 das neue Betriebsgrundstück des Unternehmens gekauft. Aus steuerlichen Gründen sei die Beigeladene Ziff. 4. gegründet worden, die das Betriebsgrundstück dann angemietet habe. Die Klägerin sei faktische Geschäftsführerin, ohne dazu bestellt zu sein. Die Betriebsaufspaltung zwischen dem Eigentum der Klägerin am Betriebsgrundstück und dem Eigentum ihres Ehemanns am Unternehmen habe rein steuerliche Gründe. In Wahrheit betrieben die Ehegatten den Betrieb vollberechtigt gemeinsam. Auch die Verbuchung des Gehalts als Betriebsausgabe führe zu keinem anderen Ergebnis. Die Finanzgerichte würden das Auseinanderfallen der Beurteilung einer Tätigkeit als abhängige Beschäftigung zwischen Steuerrecht und Sozialrecht anerkennen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 13.02.2007 wies die Beklagte den Widerspruch zurück.

Dagegen richtete sich die am 05.03.2007 erhobene Klage, zu deren Begründung die Klägerin vorträgt, die Beklagte und die Beigeladene Ziff. 3 berücksichtigten nicht ausreichend die tatsächlichen Verhältnisse des Einzelfalls. Insbesondere müsse beachtet werden, dass die Klägerin Eigentümerin des Betriebsgrundstücks sei und für Kredite des Unternehmens in Höhe von 255.645,94 EUR und 315.978,38 EUR als selbstschuldnerische Bürgin hafte. Weitere Kredite seien mit Grundschulden auf ihr an den Betrieb vermietetes Grundstück abgesichert. Insgesamt habe sie für Kredite des Unternehmens in Höhe von 1.924.540,53 EUR einzustehen. Sie sei als faktische Geschäftsführerin des Unternehmens weisungsfrei und selbständig und deshalb auch nicht sozialversicherungspflichtig. Die Tätigkeit werde mit dem Ehemann gleichberechtigt im Rahmen einer familienhaften Zusammenarbeit ausgeübt. Sie arbeite regelmäßig weit über dem Durchschnitt von 40 Stunden in der Woche. Wenn es aus betrieblichen Gründen erforderlich sei, arbeite sie auch an Sonn- und Feiertagen. Weder Überstunden noch nicht genommene Urlaubstage würden vergütet. Urlaub werde nicht genehmigt, sondern sie nehme diesen unter Berücksichtigung der betrieblichen Erfordernisse und der Auftragssituation selbstverantwortlich. Ein Attest sei nicht notwendig, wenn sie wegen Krankheit nicht arbeiten könne. Außerdem habe sie oft trotz Krankheit gearbeitet. Sie sei berechtigt, selbst Personal einzustellen und zu entlassen. Schließlich liege eine Ehegatten-Innengesellschaft vor, denn die Ehegatten hätten neben der Ehe das gemeinsame Ziel, das Unternehmen zu führen. Darüber hinaus sei der Bescheid vom 07.12.2006 wegen fehlender Anhörung rechtswidrig. Die Beklagte habe Ermessensfehler begangen. Die Klägerin verwies auf die Rechtsprechung des Bundessozialgerichts sowie auf ein Urteil des Sozialgerichts München vom 28.09.2005 - [S 47 KR 144/05](#).

Mit Urteil vom 12.11.2009 hob das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 07.12.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.12.2007 auf und stellte fest, dass die Klägerin aufgrund ihrer Tätigkeit bei der Beigeladenen Ziff. 4 seit 01.01.1999 nicht versicherungspflichtig in allen Zweigen der Sozialversicherung sei. Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1](#) 1. HS Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) entscheide die Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) bestehe demgegenüber eine ausschließliche Zuständigkeit der Beigeladenen Ziff. 3 für Anträge nach [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#). Danach habe die Einzugsstelle einen Antrag auf Feststellung der Beschäftigung zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers ergebe, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers ist. Die Voraussetzungen des [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) würden jedoch nicht vorliegen, denn die Klägerin sei nicht zur Geschäftsführerin der Beigeladenen Ziff. 4 bestellt und halte auch das Stammkapital an dieser nicht. Es könne dahingestellt bleiben, ob nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) auch eine ausschließliche Zuständigkeit besteht, wenn ein Verfahren nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) eingeleitet werde, denn jedenfalls habe die Beklagte bereits ein Verfahren zur Feststellung des Versichertenstatus der Klägerin eingeleitet, so dass eine Weiterleitung des Antrags der Klägerin und der Beigeladenen Ziff. 4 jetzt jedenfalls nicht mehr in Betracht komme.

Der angefochtene Bescheid sei materiell rechtswidrig. Nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes (SGB V), [§ 20 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI), [§ 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und [§§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) sei keine Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung eingetreten. Die Klägerin sei nicht bei der Beigeladenen Ziff. 4 beschäftigt. Beschäftigung sei die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis, [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Eine Beschäftigung setze voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig sei. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb sei dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert sei und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliege. Indizien für eine Beschäftigung seien auch der Abschluss eines Arbeitsvertrags, Anwesenheits- und Zeitkontrollen, Arbeitsplätze in den Räumen des Arbeitgebers, Arbeitszeit nach Vorgaben des Arbeitgebers, fehlende eigene Betriebsmittel, bezahlter Urlaub, feste gleich bleibende Vergütung, Verbuchung als Lohnsteuer, wirtschaftliche Abhängigkeit und der Wille der Vertragspartner. Für eine selbständige Tätigkeit sprächen die Vorhaltung eigenen Arbeitsmaterials, die Verbuchung der Einnahmen mit der Umsatzsteuer, die Beschäftigung und Bezahlung eigenen Personals, die eigene Gewerbeanmeldung, das Unternehmerrisiko, das Vergütungsrisiko sowie weitere Kriterien (vgl. Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage, JurisPK SGB IV, [§ 7 Rn. 90](#)). Ein Arbeitsverhältnis komme durch den Abschluss eines Arbeitsvertrags zustande. Ein Beschäftigungsverhältnis liege deshalb regelmäßig vor, wenn die entgeltliche Arbeit aufgrund eines wirksamen Arbeitsvertrags erbracht werde. Ein Beschäftigungsverhältnis, das nur zum Schein begründet worden sei und nur auf dem Papier stehe, um in den Genuss von Leistungen der Sozialversicherung zu kommen, sei nichtig, [§ 117](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) und führe auch nicht zur Versicherungspflicht (Segebrecht/Wissing/Scheer/Wrage, JurisPK SGB IV, [§ 7 Rn. 52](#)). Allerdings könne auch in diesen Fällen des nichtigen Arbeitsvertrags ein Beschäftigungsverhältnis vorliegen. Insofern sei auf die tatsächlichen Umstände des Einzelfalls abzustellen. Das Familienmitglied müsse entsprechend einem abhängig Beschäftigten im Betrieb mitarbeiten, um als abhängig beschäftigt und damit versicherungspflichtig

eingestuft zu werden.

Nach diesen Kriterien sei die Klägerin nicht abhängig bei der Beigeladenen Ziff. 4 beschäftigt. Vielmehr sei sie selbständig tätig. Die Klägerin sei nach ihren von ihrem Ehemann bestätigten Angaben in der mündlichen Verhandlung nicht an die Weisungen ihres Ehemanns gebunden. Nach dem Eindruck der Kammer in der mündlichen Verhandlung scheine eher der Fall eingetreten zu sein, dass die Weisungen im Betrieb vor allem die Klägerin gebe. Die Aufgabenbereiche im Betrieb seien gleichberechtigt aufgeteilt. Entscheidungen würden gleichberechtigt gemeinsam getroffen. Die Klägerin wähle die einzustellenden Mitarbeiter vorab aus und lade aufgrund ihrer Vorauswahl die betreffenden Mitarbeiter zu Vorstellungsgesprächen ein. Die Klägerin habe auch den alleinigen Überblick über die Finanzen. Darüber hinaus habe sie eine Vollmacht für alle geschäftlichen Angelegenheiten der Firma. Die Klägerin und ihr Ehemann sähen den Betrieb der Beigeladenen Ziff. 4 als "Familienunternehmen" und die Klägerin handele danach. Die Klägerin habe darüber hinaus weit über das übliche Maß hinaus Bürgschaften und Sicherheiten für die Beigeladene Ziff. 4 übernommen. Sie habe in Höhe von fast zwei Millionen Euro ein erhebliches Risiko, das noch über das Risiko ihres Mannes als Gesellschafter und Geschäftsführer der GmbH hinausgehe. Diese Sicherheiten bürdeten der Klägerin wirtschaftlich das Unternehmensrisiko mit auf. Das entspreche auch ihrem Verständnis vom Unternehmen als "ihr" Familienunternehmen, das früher von ihrem Vater (und nicht von der Familie ihres Ehemanns) geführt worden sei. Entgegen der Ansicht der Beklagten und der Beigeladenen Ziff. 3 reiche auch die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen und die Verbuchung des Entgelts der Klägerin im Rahmen der Lohnsteuer zumindest seit 1995 nicht aus, um eine abhängige Beschäftigung anzunehmen. Wie die Klägerin und die Beigeladene Ziff. 4 ausgeführt hätten, sei diese Gestaltung aufgrund des Rats eines Steuerberaters gewählt worden und entspreche nicht den tatsächlichen Verhältnissen.

Gegen das am 26.11.2009 zur Post gegebene Urteil des Sozialgerichts hat die Beigeladene Ziff. 3 am 21.12.2009 Berufung eingelegt. Unter Berufung auf zahlreiche gerichtliche Entscheidungen macht sie geltend, dass sich nach der neueren Rechtsprechung des Bundessozialgerichts die rechtlich relevanten Beziehungen der Klägerin und ihres Arbeitgebers nach dem vorliegenden Arbeitsvertrag bestimmten. Ob eine Beschäftigung vorliege, ergebe sich aus dem Vertragsverhältnis, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden sei. Es seien keine Anhaltspunkte erkennbar, die eine Beurteilung abweichend von diesen vertraglichen Regelungen rechtfertigen würden. Es fehle an tatsächlichen Anhaltspunkten, dass die entsprechenden Willenserklärungen rechtlich nicht ernst gemeint gewesen seien. Für eine rechtliche Ernsthaftigkeit spreche bereits, dass über die gesamte strittige Zeit hinweg die steuerrechtlichen Vorteile der Verbuchung als Betriebsausgabe in Anspruch genommen worden seien. Auch sei nicht erkennbar, dass die Willenserklärung unter der rechtlichen Voraussetzung eines Scheingeschäfts abgegeben worden sei. Insofern vermöge die Behauptung, der Vertrag sei so nicht gelebt worden, nicht durchzugreifen, zumal nach § 19 des Arbeitsvertrags Änderungen und Ergänzungen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedurft hätten und schriftliche Änderungen oder Ergänzungen zum Arbeitsvertrag nicht vorgelegt worden seien. Zu Beginn der Beschäftigung habe bei der Klägerin offenbar auch kein Interesse bestanden, sich der Versicherungspflicht und damit des Versicherungsschutzes, insbesondere auch bei der Krankenversicherung, zu entledigen oder dies wenigstens seitens der Versicherungsträger bzw. der Einzugsstelle prüfen zu lassen. Demgemäß scheine mit der Einleitung des vorliegenden Verfahrens offenbar ein "Sinneswandel" eingetreten zu sein (Urteil des LSG Baden-Württemberg vom 10.10.2008 - [L 4 KR 4374/06](#) -).

Im Feststellungsbogen habe die Klägerin weiterhin angegeben, nicht am Betrieb beteiligt zu sein. Gesellschafter der Autohaus F. GmbH seien seit der Umwandlung aus einer Einzelfirma im Jahr 1995 zunächst der Vater der Klägerin, als Minderheitsgesellschafter und der Ehemann der Klägerin, als Mehrheitsgesellschafter. Zwischenzeitlich habe der Ehemann alle Gesellschaftsanteile der GmbH übernommen. Er sei seit Gründung der GmbH alleiniger Geschäftsführer. Dass die Klägerin nicht zur Mitgesellschafterin gemacht, sondern als abhängig Beschäftigte angemeldet worden sei, dürfte auch bewusst so geregelt worden sein. Bei einem entsprechenden Willen der Beteiligten hätte eine Beteiligung der Klägerin an der GmbH erfolgen können, zumal wohl davon ausgegangen werden könne, dass die Umwandlung der Einzelfirma in eine GmbH, die aus steuerlichen Gründen erfolgt sei, seinerzeit von Rechtskundigen (z.B. Steuerberater, Rechtsanwalt, Notar) begleitet worden sei und die Firma auch ständig von einem Steuerberater betreut werde. Eheleute müssten sich, wenn sie sich bewusst für die Rechtsform des Einzelunternehmens in Verbindung mit einer Anstellung der Versicherten als Arbeitnehmerin unter Zahlung eines Festgehalts entschieden hätten, weil sie sich hiervon steuerrechtlich, haftungsrechtlich, buchhaltungstechnisch und womöglich (seinerzeit) auch sozialversicherungsrechtlich Vorteile versprochen hätten, im Rahmen der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung an dieser - auch tatsächlich praktizierten - rechtlichen Beziehung festhalten lassen. Es unterliege nämlich nicht ihrer Disposition, die Wirkungen des Vertragsverhältnisses nach Maßgabe ihrer Individualnützlichkeit, auf bestimmte Rechtsgebiete zu beschränken (vgl. BSG, Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) - USK 2007-82). Nichts anderes könne für die Gründung einer Familien-GmbH gelten, in der ein Ehegatte Alleingesellschafter und Geschäftsführer und der andere Ehegatte unter Zahlung eines Festgehalts abhängig beschäftigt sei.

Sofern das SG aus der Aufteilung der Organisation der Firma zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann in eigenverantwortliche Teilbereiche und eine gleichberechtigte Unternehmerschaft der Klägerin mit dem Geschäftsführer und Mehrheits- bzw. Alleingesellschafter ableite, entspreche dies nicht der BSG-Rechtsprechung. Das BSG habe nochmals in seinem Beschluss vom 21.01.2009 - [B 12 KR 15/07 B](#) - bezogen auf einen GmbH-Geschäftsführer - klargestellt, dass, sofern schon die auf eine Alleingeschäftsführung gegründete umfassende Zuständigkeit eines GmbH-Geschäftsführers die Annahme seiner Eingliederung in den Betrieb der GmbH nicht hindere, dies erst recht bei (bloßer) Teilzuständigkeit eines Geschäftsführers auf der Grundlage einer Teilgeschäftsführung gelten müsse, zumal die Klägerin vorliegend noch nicht einmal zur Geschäftsführerin des Unternehmens bestellt sei.

Die Klägerin sei als leitende kaufmännische Angestellte bei der Beigeladenen Ziff. 4 tätig. Die Weisungsgebundenheit eines leitenden Angestellten könne sich zwar - wie offenbar vorliegend - zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinern, gleichwohl liege aber keine selbständige Tätigkeit vor (vgl. dazu BSG-Urteil vom 29.03.1962 - [3 RK 74/57](#) - in [BSGE 16, 289](#), 294 und vom 29.08.1963 - [3 RK 86/59](#) - in [BSGE 20, 6](#)). Bei Diensten höherer Art, erst recht wenn zwischen den Beteiligten zusätzlich familiäre Bindungen bestünden, genüge es für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung, wenn das Weisungsrecht des Arbeitgebers nur eingeschränkt ausübt werde und zu einer dienenden Teilhabe des Beschäftigten am Arbeitsprozess verfeinert sei, die Dienste jedoch fremdbestimmt seien, d.h. in einer von anderer Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgingen (vgl. BSG-Urteil vom 18.12.2001 - [B 12 KR 10/01 R](#), juris Rn. 12ff.). Das SG gehe insoweit unzutreffend davon aus, dass eine Weisungsgebundenheit der Klägerin bei der Beigeladenen Ziff. 4 nicht bestehe. sei nach den äußeren Erscheinungsformen von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen, so lasse sich dies auch nicht mehr durch Aussagen der Beteiligten über das angebliche Fehlen der Weisungsgebundenheit des mitarbeitenden Angehörigen ausräumen. Weisungsgebundenheit könne bei Beschäftigungen von Verwandten naturgemäß in sehr abgeschwächter Form auftreten und sei wegen der Undurchsichtigkeit der familiären Beziehungen ohnehin kaum messbar. Die Beteiligten könnten insoweit stets die ihrer jeweiligen

Interessenlage entsprechenden Aussagen machen, ohne die tatsächlichen Arbeitsbedingungen preiszugeben oder ändern zu müssen.

Wenn das SG zu der Überzeugung gelangt sei, die Klägerin trage wegen der Übernahme von Bürgschaften und eingegangener Verpflichtungen zur Kreditsicherung ein Unternehmerrisiko, so stehe das ebenfalls nicht im Einklang mit der Rechtsprechung des BSG. Danach sei maßgebliches Kriterium für ein Unternehmerrisiko, ob sich der Erfolg eines Einsatzes sächlicher Mittel als ungewiss darstelle. Die Belastung mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung der Arbeitskraft spreche nur dann für Selbständigkeit, wenn ihr eine größere Freiheit bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehe oder diese zu höheren Verdienstchancen führe. Weiterhin rechtfertige die Belastung eines Erwerbstätigen, der im Übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung der gegenseitigen Verhältnisse als abhängig Beschäftigter anzusehen sei, mit zusätzlichen Risiken nicht die Annahme von Selbständigkeit (vgl. dazu Beschluss des BSG vom 21.01.2009 - [B 12 KR 15/07 B](#) - einschließlich der dort angeführten BSG-Urteile a.a.O.). Es werde bezweifelt, dass die Klägerin wegen der Übernahme von Bürgschaften und der eingegangenen Verpflichtungen zur Kreditsicherung größere Freiheiten bei der Gestaltung und Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft gehabt habe. Unternehmerehegatten würden zudem von Geldinstituten häufig als Sicherungsnehmer in Anspruch genommen werden, um einen Vermögensübergang zwischen den Ehegatten auszuschließen. Dieser Umstand sei zwar arbeitnehmeruntypisch aber nicht grundsätzlich ausgeschlossen und spreche deshalb nicht in überwiegendem Maße für eine Mitunternehmerschaft. Schließlich habe das LSG Baden-Württemberg mit seinem Urteil vom 18.03.2008 - [L 11 KR 553/07](#) - festgestellt, dass die Vermietung von Betriebsgrundstücken bzw. Betriebsgebäuden gegen Zahlung eines Mietzinses an die GmbH der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegenstehe. Durch die Vermietung werde lediglich eine Vermieterstellung mit den damit verbundenen Rechten (Mietzins) und Pflichten, aber nicht mehr und nicht weniger begründet. Es werde kein maßgeblicher Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft genommen.

Die Beklagte sowie die Beigeladenen Ziff. 1 und 2 haben sich den Ausführungen der Berufungsführerin mit Schriftsätzen vom 23.03.2010 und vom 12.04.2010 angeschlossen.

Die Beklagte sowie die Beigeladenen Ziff. 1 bis 3 beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Freiburg vom 12.11.2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angegriffene Urteil des Sozialgerichts Freiburg für zutreffend und nimmt auf die Entscheidungsgründe Bezug.

Im Hinblick auf das Berufungsvorbringen führt sie ergänzend aus, es sei falsch, aufgrund des am 01.05.1995 geschlossenen Arbeitsvertrages darauf zu schließen, dass es sich hierbei um ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zwischen der Klägerin und ihrem Ehemann handele. Nach den höchstrichterlichen Urteilen des Bundessozialgerichts vom 28.05.2008 ([B 12 KR 13/07 R](#) - Die Beiträge Beil. 2008, 333) und vom 24.01.2007 ([B 12 KR 31/06 R](#) - SozR 4-2004 § 7 Nr. 7) sei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung maßgeblich. Ausgangspunkt der Prüfung sei nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts somit zunächst das Arbeitsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen gelebten Vereinbarungen ergibt und sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lasse. Eine im Widerspruch zu den ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebenden Schlussfolgerungen auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehe aber der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gelte, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben würden, wenn sie von den Vereinbarungen abwichen. Maßgeblich sei die Rechtsbeziehung danach, so wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig sei.

Ebenso unzutreffend seien die Ausführungen der Berufungsklägerin, wonach keine rechtlich vernünftigen Gründe bestünden, nunmehr rückwirkend im Nachhinein in das mit Billigung aller Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen. Wenn dies tatsächlich so wäre, gäbe es nicht die gesetzlich im Kern in [§ 7](#) I SGB IV normierte und auch durch zahlreiche höchstrichterliche Entscheidungen geprägte Möglichkeit, auch rückwirkend jahrelang zu Unrecht entrichtete Beiträge zur Sozialversicherung - nach entsprechend vorgenommener Prüfung durch die zuständigen Behörden - zurückfordern zu können.

Soweit die Berufungsklägerin ausführe, es sei die gesamte Zeit über Lohnsteuer entrichtet und das gezahlte Gehalt als Betriebsausgabe verbucht worden, so sei dem entgegenzuhalten, dass die Entrichtung von Lohnsteuer bzw. Abführung von Beiträgen zur Berufsgenossenschaft bzw. regelmäßige Beitragszahlungen zu den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung bzw. die Erstellung der diesbezüglich gebotenen Meldungen nicht Ursache oder Auslöser für ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis seien, sondern vielmehr ausschließlich deren gesetzlich vorgeschriebene Folge. Ein Vergleich mit der Lohnzahlung an einen Mehrheits-Gesellschafter-Geschäftsführer verdeutliche dies: die Verbuchung des Gehaltes als Lohnzahlung und damit als Betriebsausgabe habe ausschließlich steuerliche Auswirkungen, ohne dass damit der Schluss gezogen werden könne, die Zahlung und Verbuchung von Lohn führe zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung des mit mehr als 50 % beteiligten GmbH-Geschäftsführers. Die Verbuchung des Arbeitsentgelts als Betriebsausgabe entspreche gängiger betrieblicher Praxis, und könne nicht als Argument für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung und damit für eine Ablehnung eines Befreiungsantrages dienen.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat der Kläger-Vertreter nochmals die Rechtsauffassung betont, dass es sich im Hinblick auf die von der Klägerin übernommenen Sicherungsrisiken und aufgrund der Firmenhistorie um einen ganz besonderen Ausnahmefall handele, in dem die faktischen Gegebenheiten eindeutig für die Selbständigkeit der Klägerin sprächen, so dass es auf ihre fehlende Rechtsmacht - wie sie sich aus der vertraglichen Gestaltung der GmbH und des Anstellungsverhältnisses ergebe - nicht maßgeblich ankomme.

Die Klägerin hat ausgeführt, dass ein Grundstück, welches im Rahmen einer Betriebserweiterung im Jahr 1998 erworben worden sei, auf ihren Namen gekauft worden sei. Sie hat nochmals auf die getrennten Arbeitsbereiche zwischen ihr und ihrem Ehemann hingewiesen. Sie sei durchgehend vor Ort und kümmere sich um den gesamten kaufmännischen Bereich der GmbH sowie um die Kunden. Ihr Ehemann sei viel unterwegs und für den Einkauf zuständig. Sie habe zwar keine Prokura, aber eine umfassende Bankvollmacht.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird Bezug genommen auf die Gerichtsakten des Sozialgerichts und des Senats sowie auf die Verwaltungsakten der Beklagten.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beigeladenen Ziff. 3 ist gemäß [§§ 143, 144, 152](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und auch sonst zulässig.

Sie ist auch begründet.

Der Bescheid der Beklagten vom 07.12.2006 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.02.2007 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass die Klägerin eine Beschäftigung ausübt, die in allen Zweigen der Sozialversicherungspflicht unterliegt. Das Sozialgericht hätte die Klage abweisen müssen. Seine Entscheidung kann deshalb keinen Bestand haben.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu ihrem Erlass sachlich zuständig und die Bescheide sind hinreichend bestimmt und beschränken sich auch nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

Die Beklagte war als Einzugsstelle im Einzugsstellenverfahren nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) zum Erlass der angefochtenen Bescheide sachlich zuständig. Ein Antragsverfahren in der Zuständigkeit der Beigeladenen Nr. 3 (Rentenversicherung) gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 1 bis 3 SGB IV](#) war nicht durchzuführen.

Gemäß [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) entscheidet die Einzugsstelle - die die Krankenversicherung durchführende Krankenkasse (§ 28h Abs. 1 i. V. [§ 28i SGB IV](#)) - über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. In diesem Verfahren können Feststellungen nicht nur von Amts wegen, sondern auch auf Antrag von Arbeitnehmern oder Arbeitgebern getroffen werden (vgl. BSG, Urt. v. 23.09.2003, - [B 12 RA 3/02 R](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. 15.08.2007, - [L 31 KR 128/07](#) -; LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 19.02.2008, - [L 11 KR 5528/07](#) -).

Die Klägerin hat bei der Beklagten am 31.10.2005 die Überprüfung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status bzw. der Sozialversicherungspflicht beantragt und damit das Einzugsstellenverfahren gem. [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) eingeleitet, wozu sie berechtigt ist. Die Beklagte war als Einzugsstelle auch nicht verpflichtet, diesen Antrag an die Beigeladene Ziff. 3 als Prüfstelle abzugeben, obwohl die Klägerin die Ehefrau des alleinigen Gesellschafters der Beigeladenen Ziff. 4 ist. Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) nur dann zu stellen, wenn sich aus einer Meldung des Arbeitgebers ([§ 28a SGB IV](#)) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist (obligatorisches Statusfeststellungsverfahren). Über den Antrag entscheidet dann abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) nicht die Einzugsstelle, sondern die Deutsche Rentenversicherung Bund als Prüfstelle gemäß [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#). Eine Meldung des Arbeitgebers im Sinne des [§ 28a SGB IV](#) liegt hier nicht vor. Unter Meldung i. S. d. [§ 7a Abs. 1 Satz 2](#) i. V. m. [§ 28a SGB IV](#) sind allein Anmeldungen des Beschäftigten nach [§ 28a Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB IV](#) beim Beginn der Beschäftigung unter Angabe codierter Meldetatsachen zu verstehen. Die Anmeldung der Klägerin durch die Beigeladene Ziff. 4 als Arbeitgeberin war bereits zum 01.01.1999 und damit lange vor Inkrafttreten des [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) (zum 01.01.2005) erfolgt.

Der angefochtene Bescheid vom 07.12.2006 ist inhaltlich ausreichend bestimmt und beschränkt sich nicht auf eine unzulässige "Elementenfeststellung".

Gem. [§ 33 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Zehntes Buch (SGB X) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer bestimmbareren Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG, Urt. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -; Urt. v. 04.06.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -). Außerdem darf sich weder die im Antragsverfahren ([§ 7a SGB IV](#)) noch die im Einzugsstellenverfahren ([§ 28h SGB IV](#)) ergehende Entscheidung auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG, Urt. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -). Ein rechtswidriger Elementenfeststellungsbescheid kann jedoch auch noch im Klageverfahren durch einen den Anforderungen an eine rechtmäßige Statusfeststellung genügenden Bescheid nach [§ 96 SGG](#) ergänzt bzw. ersetzt werden (LSG Baden-Württemberg, Urt. v. 20.11.2009, - [L 4 R 1540/08](#) -; LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 24.0.2010, - [L 9 KR 13/08](#) -).

Die Beklagte ist diesen Anforderungen gerecht geworden. Sie hat die von der Klägerin im Betrieb des Beigeladenen Ziff. 4 ausgeübte Tätigkeit mit der Beschäftigung als kaufmännische Angestellte hinreichend bestimmt bezeichnet. Zudem ergab sich aus der Bezugnahme auf den Anstellungsvertrag und die Angaben der Klägerin im Feststellungsbogen zur sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung für die Klägerin hinreichend erkennbar, welche Tätigkeit die Beklagte überprüft hat. Die Beklagte hat sich schließlich auch nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt. Vielmehr ist im Bescheid vom 07.12.2006 ausdrücklich festgestellt worden, dass die beurteilte Tätigkeit der Klägerin für die Beigeladene Ziff. 4 seit 01.01.1999 als Beschäftigung in allen Zweigen der Sozialversicherung der Versicherungspflicht unterliegt.

Diese Bewertung durch die Beklagte, der sich die Berufungsführerin angeschlossen hat, ist nach der Auffassung des Senats nicht zu beanstanden.

Die Klägerin übt seit dem 01.01.1999 im Unternehmen der Beigeladenen Ziff. 4 eine abhängige Beschäftigung aus und unterliegt deswegen der Sozialversicherungspflicht.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch (SGB V), [§ 24 SGB III](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) und [§ 20](#) Sozialgesetzbuch Elftes Buch (SGB XI) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und

Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Urt. v. 19.06.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Letzteres besteht in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben; zu diesen gehört, unabhängig von ihrer Ausübung, auch die einem Beteiligten zustehende (nicht wirksam abbedungene) Rechtsmacht. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag (zu alledem etwa BSG, Urt. v. 25.01.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -; Urt. v. 19.06.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) - m.w.N.; vgl. auch Senatsurteile vom 13.06.2007, - [L 5 KR 2782/06](#) -; vom 25.04.2007, - [L 5 KR 2056/06](#) -, vom 14.02.2007, - [L 5 R 3363/06](#) -, vom 01.02.2006, - [L 5 KR 3432/05](#) - und vom 11.10.2006, - [L 5 KR 5117/04](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 25.01.2006, - [B 12 KR 30/04 R](#) -).

Hinsichtlich des Gesamtbilds der Arbeitsleistung kann es im Einzelfall auch darauf ankommen, ob der Betreffende im Unternehmen "schalten und walten" kann wie er will, weil er die Inhaber des Unternehmens (etwa die Gesellschafter einer GmbH) persönlich dominiert oder weil diese von ihm wirtschaftlich abhängig sind (vgl. auch BSG, Urt. v. 04.07.2007, - [B 11a AL 5/06 R](#) -). In diesem Fall ist in Wahrheit er der selbständig tätige Unternehmer. Dies hat das Bundessozialgericht insbesondere für den (Fremd-)Geschäftsführer einer GmbH angenommen, der mit den Gesellschaftern familiär verbunden war (BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -; Urt. v. 17.05.2001, - [B 12 KR 34/00 R](#) -; Urt. v. 06.03.2003, - [B 11 AL 25/02 R](#) -; auch LSG Nordrhein-Westfalen, Urt. v. 04.03.2004, - [L 9 AL 150/02](#) -). Familiäre Bindungen können danach einerseits einen ansonsten nicht bestehenden Unternehmerstatus in Sonderfällen begründen. Andererseits schließen sie das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses aber nicht von vornherein aus. Unschädlich ist vor allem, dass die Abhängigkeit des Beschäftigten bei familiärer Verbundenheit im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt ist und Weisungsrechte deshalb möglicherweise nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt werden (BSG, Urt. v. 17.12.2002, - [B 7 AL 34/02 R](#) - m.w.N.). Für die Abgrenzung des sozialversicherungspflichtigen abhängigen Beschäftigungsverhältnisses mit Entgeltzahlung von der nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund familienhafter Zusammengehörigkeit sind alle Umstände des Einzelfalles maßgeblich ([BSGE 3, 30](#), 39 ff.; [19, 1](#), 4 ff. = SozR Nr. 31 zu § 165 RVO; [BSGE 74, 275](#), 278 ff. = [SozR 3 - 2500 § 5 Nr. 17](#); BSG SozR 2200 § 165 Nr. 90; [SozR 3 - 4100 § 168 Nr. 11](#) S. 30; und s. auch Urteil v. 17.12.2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Im Einzelnen (so [BSGE 74, 275](#)) kann auf die Rechtsprechung zum Beschäftigungsverhältnis zwischen nahen Verwandten zurückgegriffen werden. Diese wurde mit dem Urteil des BSG vom 05.04.1956 ([BSGE 3, 30, 40](#) "Meistersohn") eingeleitet und ist sodann fortgeführt worden ([BSGE 12, 153](#), 156 = SozR Nr. 18 zu § 165 RVO; [17, 1](#), 3 ff. = SozR Nr. 41 zu § 165 RVO; SozR 2200 § 165 Nr. 90).

Danach setzt ein Beschäftigungsverhältnis neben der Eingliederung des Familienangehörigen in den Betrieb mit einem ggf. abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers voraus, dass ein Entgelt gezahlt wird, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt. Es muss über freien Unterhalt, ein Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehen. Abzustellen ist weiter darauf, ob ein schriftlicher Arbeitsvertrag abgeschlossen wurde, das gezahlte Entgelt der Lohnsteuerpflicht unterliegt, als Betriebsausgabe verbucht und dem Angehörigen zur freien Verfügung ausgezahlt wird, und ob der Angehörige eine fremde Arbeitskraft ersetzt. Ist all das der Fall, kommt es nicht mehr darauf an, ob der Familienangehörige, auch der Ehegatte, auf das Entgelt wirtschaftlich angewiesen ist, wengleich dies die Abhängigkeit des Beschäftigten indizieren kann (vgl. BSG SozR - 2200 § 165 Nr. 90; BSG, Urt. v. 23.06.1994, - [12 RK 50/93](#) -). Indizwirkung kann auch der Höhe des gezahlten Entgelts zukommen (BSG, Urt. v. 17.12.2002 - [B 7 AL 34/02 R](#) -). Allerdings schließt eine - auch erheblich - untertarifliche Bezahlung des Verwandten ein Beschäftigungsverhältnis nicht von vornherein aus (vgl. auch BSG, Urt. v. 12.09.1996 - 7 RAR 120/95 -; zu alledem auch Senatsurteile v. 30.07.2008, - [L 5 KR 5339/08](#) - und v. 04.02.2009, - [L 5 KR 2219/08](#) -).

Hiervon ausgehend kann die Tätigkeit der Klägerin bei der Beigeladenen Ziff. 4 nach ihrem Gesamtbild entgegen der vom Sozialgericht vertretenen Auffassung nicht als selbständige Erwerbstätigkeit eingestuft werden. Vielmehr liegt ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis vor, mit der Folge, dass die Klägerin aufgrund dieser Beschäftigung versicherungspflichtig zu allen Zweigen der Sozialversicherung ist.

Die Klägerin hat in unternehmensrechtlicher Hinsicht keine Rechtsmacht, aufgrund derer sie über die Geschicke des Betriebes (mit-)entscheiden könnte. Sie hat keine Stellung als Gesellschafterin inne, da sämtliche Anteile der GmbH von ihrem Ehemann gehalten werden. Damit fehlt ihr jegliche rechtliche Handhabe, im Falle von Unstimmigkeiten zwischen ihr und ihrem Ehemann ihre Kündigung bzw. Entlassung zu verhindern. Vielmehr muss sie sich arbeitsrechtlich insoweit auf ihren Anstellungsvertrag vom 30.04.1995 verweisen lassen, der in § 8 Satz 3 eine Kündigungsregelung mit einer - kurzen - Kündigungsfrist von vier Wochen zum 15. eines Monats oder zum Monatsende enthält. Das Recht zur fristlosen Kündigung bleibt davon unberührt (§ 8 Satz 6). Diese Regelung spricht ebenso eindeutig für eine abhängige Stellung der Klägerin wie die übrigen arbeitnehmertypischen Festlegungen im Anstellungsvertrag, etwa eines regelmäßigen monatlichen Bruttoarbeitsentgelts in § 3 (3.502 DM), des Weihnachtsgeldes (§ 4), über den Jahresurlaub (§ 15) und die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall (§ 18). Dies alles spricht für eine abhängige Beschäftigung. Diese rechtliche Ausgestaltung ihres Beschäftigungsverhältnisses muss die Klägerin auch gegen sich gelten lassen. Die Beigeladene Ziff. 3 hat zu Recht darauf abgestellt, dass sich die Klägerin bei der Ausgestaltung

der Betriebsverhältnisse auf der Grundlage fachkundiger Beratung ungeachtet des Umstands, dass die Beigeladene Ziff. 4 als ursprüngliches Einzelunternehmen des Vaters der Klägerin aus ihrem Familienzweig stammt, für die Mitarbeit in der Rechtsform einer abhängig beschäftigten Angestellten entschieden hat. Anders als das Sozialgericht angenommen hat, vermag der Senat nicht zu erkennen, dass das so gestaltete Beschäftigungsverhältnis tatsächlich anders praktiziert wurde. Auch das Bundessozialgericht hat in dem vom Kläger-Vertreter in der mündlichen Verhandlung zitierten Urteil vom 24.01.2007 (- [B 12 KR 31/06 R](#)-) darauf abgestellt, dass dann, wenn eine vertragliche Gestaltung durch zwingende gesetzliche Regelungen vorgegeben ist, davon auszugehen ist, dass die tatsächlichen Verhältnisse hiervon nicht rechtserheblich abweichen und deshalb bei Beurteilung der Versicherungspflicht diese vertragliche Gestaltung auch rechtlich maßgebend ist. Insbesondere kann davon nicht durch bloße mündliche Erklärungen abgewichen werden. Auch im Urteil vom 28.05.2008 (- [B 12 KR 13/07 R](#) -) hat das Bundessozialgericht betont, dass die tatsächlichen Verhältnisse (nur dann) den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen, wobei auch in dieser Entscheidung klargestellt wird, dass maßgeblich die Rechtsbeziehung ist so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 25.01.2006 - [B 12 KR 30/04 R](#) -, veröffentlicht in Juris). Dies bedeutet aber, dass abweichende tatsächliche Verhältnisse dann nicht ausschlaggebend sind, wenn sie rechtlich nicht zulässig sind. Die Aufnahme eines faktischen Gesellschafters in eine Gesellschaft ist aber nicht möglich, die Ausgestaltung des Gesellschaftsvertrages ist insoweit bindend. Entsprechendes gilt für die Geschäftsführerbestellung.

Unabhängig hiervon stehen die von der Klägerin geschilderten tatsächlichen Verhältnisse auch nicht im Widerspruch zu der ihr rechtlich eingeräumten Stellung als kaufmännische Leiterin des Betriebs ohne Außenvollmacht. Die Schilderung ihrer Tätigkeit entspricht vielmehr dem Aufgabenbereich einer leitenden Angestellten, der im Rahmen dienender Teilhabe am Arbeitsprozess (BSG, Urt. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#)) naturgemäß weitgehend frei von Einzelweisungen des Unternehmers erfüllt wird. Dass die Klägerin hierfür über die notwendigen Kenntnisse und Fähigkeiten verfügen muss, versteht sich von selbst und ist für leitende Angestellte typisch. Von diesen wird auch erwartet, dass sie selbständig arbeiten können. Der Status eines Mitunternehmers erwächst ihnen daraus ebenso wenig wie aus der Erteilung der im Einzelfall notwendigen Vollmachten. Über die Befugnis, nach außen für das jeweilige Unternehmen aufzutreten und Rechtshandlungen vorzunehmen zu dürfen, verfügen leitende Angestellte regelmäßig, sofern dies zur Erbringung ihrer Arbeitsleistung erforderlich ist. Die Tätigkeit der Klägerin mag im Sinne einer kaufmännischen Leitung des Betriebs ihres Ehemannes anzusehen sein. Insoweit verkennt der Senat nicht, dass die Tätigkeit der Klägerin von zentraler Bedeutung für die Geschicke der GmbH ist. Dies ändert aber nichts daran, dass sie diese Tätigkeit aber in abhängiger Stellung ausübt und gerade nicht über eine aus einer Beteiligung an der Firma resultierende Rechtsmacht verfügt, die es ihr ermöglichen würde, im Konfliktfall ihre eigene Kündigung zu verhindern. Auch der Umstand, dass es sich bei dem von der GmbH fortgeführten ursprünglichen Einzelunternehmen um die Firma ihres Vaters gehandelt hat, führt deshalb zu keiner anderen Bewertung.

Insbesondere lässt sich auch eine Abweichung von der vertraglich vorgegebenen Gestaltung nicht aus einer vom Sozialgericht in seiner Entscheidung angenommenen und als maßgeblich erachteten Weisungsungebundenheit der Klägerin schließen. Die Klägerin ist nach ihren Angaben weitgehend eigenverantwortlich für die kaufmännische Seite des Betriebes zuständig und hat insbesondere den alleinigen Überblick über die Finanzen. Sie hat bei Einstellungen von Mitarbeitern eigenverantwortlich die Vorauswahl der Bewerber getroffen. Allerdings hat die Klägerin auch angegeben, Entscheidungen immer gemeinsam mit ihrem Ehemann getroffen zu haben. Dieser hat auch wiederum nimmt zudem seinem Bereich die Aufgaben, insbesondere den Verkauf eigenverantwortlich und selbständig wahr. Nach Angaben der Klägerin ist jeder in seiner Abteilung der Chef. Zudem dürfte ihr Ehemann auch im kaufmännischen Bereich, insbesondere bezüglich der Finanzierungsfragen nicht fachfremd sein. Dass er nicht alles allein machen kann, bedeutet nicht, dass er auf die Klägerin für die Führung seines Unternehmens in einer Weise angewiesen wäre, die ihr faktisch die Rechtsmacht einer Alleingesellschafterin zukommen ließe. Diese nimmt vielmehr die Stellung einer zuverlässigen und weitgehend selbständig arbeitenden kaufmännischen Leiterin wahr und hält ihrem Ehemann, wie er es gegenüber dem SG angegeben hat, da er auch relativ viel im Außendienst unterwegs sei, "den Rücken frei". Dies alles spricht gegen eine unabhängige, alleinige Entscheidungskompetenz der Klägerin. Die Klägerin war von ihrem Ehemann nicht als Geschäftsführerin bestellt, ihr war noch nicht einmal Prokura erteilt worden, was nahe gelegen hätte, wenn dieser die sich aus seiner Stellung als Alleingesellschafter und Geschäftsführer ergebene Rechtsposition nicht hätte selbst wahrnehmen können bzw. wollen.

Die Klägerin ist damit in ihrer Tätigkeit jedenfalls insoweit weisungsgebunden, als sie an die Beschlüsse des Gesellschafters/Geschäftsführers gebunden ist. Aus dem Umstand, dass es sich bei dem Geschäftsführer und alleinigen Gesellschafter der GmbH um ihren Ehemann handelt, ergibt sich hier keine andere Beurteilung (vgl. Urteil des Senats vom 23.02.2011 - 1950/08 -). Das BSG (Urteil vom 11.01.1989 - [7 RAr 8/87](#) -, veröffentlicht in Juris) hat zur Frage der abhängigen Beschäftigung eines Ehemannes ausgeführt, dass der Umstand, dass seine Ehefrau Geschäftsführerin und alleinige Gesellschafterin der GmbH war, nichts darüber besage, ob der Kläger fremdbestimmte Arbeit geleistet habe. Das gelte auch im Hinblick darauf, dass er seine Gehaltsansprüche zur Sicherung einer Darlehensforderung, die seine Tochter gegenüber der GmbH hatte, abgetreten habe. Wenn dadurch verdeutlicht werde, dass das Unternehmensschicksal für den Kläger von wesentlich größerer Bedeutung gewesen sei als bei einem Dienstverhältnis in einem "Fremdbetrieb", dann sei dies schon wegen der damit verbundenen familiären Beziehungen verständlich. Es besage jedoch nichts darüber, dass der Kläger ein Unternehmensrisiko habe tragen wollen. Ein Unternehmensrisiko hätte er nur dann getragen, wenn er auch am Verlust beteiligt gewesen wäre (BSG, Urteil vom 11.01.1989 [a.a.O.](#)). Das BSG hat zwar hierin weiter ausgeführt, auf das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit könne hindeuten, wenn der Betriebsleiter der alleinige Fachmann sei, der fachmännische Ratschläge erteilen und in dieser Hinsicht die Unternehmensleitung beeinflussen könne. Nur dann, wenn er aufgrund dieser Stellung die Geschicke der GmbH insgesamt leitet, die Verfügungsgewalt über die eigene Arbeitskraft besitzt und die Möglichkeit hat, frei über Art, Ort und Zeit der von ihm zu leistenden Arbeit zu verfügen, und die Gesamtwürdigung der Umstände ergibt, dass er faktisch wie ein Alleininhaber die Geschäfte der Gesellschaft nach eigenem Gutdünken führen kann und führt, ohne dass ihn die Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin weisend beeinflusst oder gar daran hindert, fehlt es an der für eine beitragspflichtige Beschäftigung unabdingbaren Voraussetzung der persönlichen Abhängigkeit (BSG, Urteil vom 11.01.1989 - [7 RAr 8/87](#) -, veröffentlicht in Juris). Diese Voraussetzungen sind vorliegend für die Klägerin nicht erfüllt.

Auch die von der Klägerin übernommenen Bürgschaften und Kreditsicherungen durch Grundschulden machen die Klägerin entgegen der Auffassung des Sozialgerichts nicht zu einer selbständigen Unternehmerin. Zwar ist damit für die Klägerin ein wirtschaftliches Risiko verbunden gewesen, nämlich das typische Risiko eines Sicherungsgebers. Die Mithaftung für Verbindlichkeiten des Ehegatten kann für sich allein die Stellung als Mitunternehmerin und den sozialversicherungsrechtlichen Status einer selbständig Erwerbstätigen nicht begründen, da die Klägerin ungeachtet der Übernahme des Sicherungsrisikos keinen Einfluss auf die Beigeladene Ziff. 4 hat. Insoweit wird auf die Ausführungen oben verwiesen. Auch soweit die Klägerin geltend macht, seit 1995 Eigentümerin des Betriebsgrundstücks zu sein, welches

sie an die Beigeladene Ziff. 4 vermietet habe, steht dies der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen. Sie steht dem Betrieb insofern, wie ein fremder, ebenfalls nicht am Unternehmen beteiligter Vermieter gegenüber. Sie ist hierdurch weder an Gewinnen noch Verlusten des Unternehmens beteiligt, noch hat sie damit ein unternehmerisches Risiko übernommen. Sie trägt vielmehr das gleiche Risiko wie ein Fremdverpächter und ein ähnliches Risiko wie finanzierende Kreditinstitute. Diese Risiken ergeben sich aus der Betätigung als Vermieter bzw. Kreditgeber und Vermögen, wenn kein wesentlicher Einfluss auf den Betrieb selbst besteht, allein kein mit der Tätigkeit in diesem Betrieb verbundenes unternehmerisches Risiko zu begründen. Die Klägerin ist zwar für ihre eigene Person durch Bürgschaften sowie Erwerb, Belastung und Vermietung der Grundstücke wirtschaftliche Risiken eingegangen, nicht aber - worum es hier geht - bei ihrer Tätigkeit für die Beigeladene Ziff. 4, bei der sie ohne unternehmerisches Risiko lediglich angestellt war.

Hinzuweisen ist darauf, dass, wenn die Klägerin tatsächlich als faktische Alleingesellschafterin und Geschäftsführerin anzusehen gewesen wäre, hinsichtlich ihrer Einnahmen aus Vermietung und Verpachtung trotz des hier gewählten Wiesbadener Modells eine Betriebsaufspaltung aufgrund faktischer Beherrschung vorgelegen hätte (vgl. Urteil des Senats vom 23.02.2011 - 1950/08 -). Das steuerrechtliche Institut der (so genannten unechten) Betriebsaufspaltung beschreibt eine Rechtslage, bei der eine Art nach an sich nicht gewerbliche Betätigung einer natürlichen Person, nämlich das Vermieten oder Verpachten von Wirtschaftsgütern, verbunden mit der Ausübung von Rechten aus Anteilen an Kapitalgesellschaften zum Gewerbebetrieb i.S. von [§ 15 Abs. 1 Nr. 1 und Abs. 2 EStG](#) wird. Diese Einkünfte begründen dann die Gewerbesteuerpflicht ([§ 2 Abs. 1 GewStG](#)), wenn die vermieteten oder verpachteten Vermögensgegenstände zu den wesentlichen Grundlagen der Betriebsgesellschaft gehören (sachliche Verflechtung) und eine enge personelle Verflechtung zwischen Besitz- und Betriebsunternehmen besteht (personelle Verflechtung). Nach dem Beschluss des Großen Senats des BFH vom 08.11.1971 - [GrS 2/71](#) - ([BFHE 103, 440, BStBl. II 1972, 63](#)) setzt die personelle Verflechtung voraus, dass eine Person oder mehrere Personen zusammen als Personengruppe sowohl das Besitz- als auch das Betriebsunternehmen in der Weise beherrschen, dass sie in der Lage sind, in beiden Unternehmen einen einheitlichen Geschäfts- und Betätigungswillen durchzusetzen (BFH, Urteil vom 21.08.1996 - [X R 25/93](#) -, veröffentlicht in [Juris](#)). Dies bedeutet, dass im Falle der faktischen Beherrschung des Betriebs durch die Klägerin eine personelle Verflechtung vorgelegen hätte und es damit im Hinblick auf diese Rechtsprechung keinen Grund gegeben hätte, die Klägerin nicht als Gesellschafterin und/oder Geschäftsführerin in den Betrieb ihres Ehemannes aufzunehmen, da die Gewerbesteuerpflicht nicht hätte vermieden werden können.

Schließlich hat der Senat in mehreren gleichgelagerten Fällen ergänzend in den Blick genommen, dass die jeweilige Tätigkeit - so auch hier - gegenüber den Sozialversicherungsträgern durchweg über lange Jahre als sozialversicherungspflichtige Beschäftigung behandelt worden war (Urteile vom 08.06.2011 - [L 5 KR 4009/10](#)-, vom 06.04.2011 - [L 5 KR 4360/10](#) - und vom 24.11.2010 - [L 5 KR 357/10](#) - und - [L 5 KR 1991/10](#) -). So wurde die Klägerin von Anfang an als abhängig Beschäftigte angemeldet. Man hat neben der Lohnsteuer regelmäßig den Gesamtsozialversicherungsbeitrag abgeführt. Der Senat verkennt nicht, dass die tatsächliche Beitragsabführung für sich allein Rückschlüsse auf das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht erlaubt (BSG, Urteil. v. 04.07.2007, - [B 11a AL 5/06 R](#) - so auch bereits in dem vom Kläger-Vertreter ausdrücklich benannten Urteil v. 28.04.1987 - [B 12 KR 47/85](#) - jeweils in [Juris](#)). Gleichwohl tritt in der langjährigen Handhabung der Tätigkeit, die die Klägerin im Unternehmen des Beigeladenen Ziff. 4 ausübt, eine Selbsteinschätzung des sozialversicherungsrechtlichen Status hervor, die das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses jedenfalls unterstreicht, mag es hierauf für das Gesamtbild der Arbeitsleistung auch nicht mehr ausschlaggebend ankommen. Das Unterfangen, nunmehr nachdem jahrelang der Schutz der Sozialversicherung, insbesondere der Rentenversicherung bestand, im Nachhinein die Sozialversicherungsbeiträge von der Solidargemeinschaft der Versicherten wieder "zurückzuholen", kann damit nicht gelingen.

Nach alledem war die Klägerin im hier maßgeblichen Zeitraum abhängig beschäftigt. Die Klägerin war auch gegen Arbeitsentgelt ([§ 14 SGB IV](#)) und nicht nur geringfügig beschäftigt, was nach ihren Angaben zum Arbeitsentgelt und zur Arbeitszeit keiner weiteren Erörterung bedarf. Sie war damit in der Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtig. Auch in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie in der sozialen Pflegeversicherung bestand Versicherungspflicht. Die Klägerin war nicht gemäß [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) in den jeweiligen geltenden Fassungen in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungsfrei. Denn ihr regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt überstieg die Jahresarbeitsentgeltgrenze nicht.

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

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-07-18