

L 11 KR 6059/09

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 8 KR 4299/08
Datum
02.11.2009
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 6059/09
Datum
13.12.2011
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 02.11.2009 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten des Berufungsverfahrens sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger im Zeitraum vom 01.04.1974 bis 31.12.2010 bei der Beigeladenen zu 1), einem Unternehmen seiner Ehegattin, das diese wiederum 1988 von der Mutter des Klägers übernommen hat, sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die Beigeladene zu 1) ist eine vom Vater des Klägers gegründete Einzelhandelsfirma, deren Inhaber zunächst der 1970 verstorbene Vater des Klägers gewesen ist. Nach dem Tod des Firmeninhabers hatte die Mutter des Klägers den Familienbetrieb fortgeführt. Im Jahr 1988 hat die Ehefrau des Klägers die Beigeladene zu 1) übernommen und ist seither alleinige Inhaberin der Firma. Der 1955 geborene Kläger trat 1974 in die Dienste des Unternehmens ein. Seit 01.04.1974 ist er Mitglied der Beklagten. Wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze zum 31.12.1983 endete die Krankenversicherungspflicht; anschließend war der Kläger bis 31.12.2010 freiwilliges Mitglied der Beklagten.

Im Februar 2007 beantragte der Kläger bei der Beigeladenen zu 2) die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit, die ihn zuständigkeitshalber an die Beklagte verwies. Im Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status gab der Kläger an, als Geschäftsführer für die Beigeladene zu 1) tätig zu sein. Er arbeite am Betriebssitz des Auftraggebers und habe keine regelmäßigen Arbeits- oder Anwesenheitszeiten einzuhalten. Auch würden ihm keine Weisungen erteilt. Die Beigeladene zu 1) könne sein Einsatzgebiet ohne seine Zustimmung nicht verändern. Sein unternehmerisches Handeln ergebe sich daraus, dass er der Firma Darlehen gewähre und Vermieter des Betriebsgebäudes sei. Zur Begründung legte er eine Erklärung zur Eintragung einer Grundschuld über Darlehen und Kredite in Höhe von 355.688,49 EUR vom 14.11.2006 vor, aus der seine Ehefrau als Kreditnehmerin und persönliche Schuldnerin und er als Eigentümer und Sicherungsgeber hervorgeht. Ferner reichte er einen Mietvertrag vom 01.01.1996 ein, ausweislich dessen er seiner Ehefrau die Betriebsgebäude H.-S 2.-2. A + B und H.-S 2. für insgesamt 10.842,20 DM monatlich vermietet. Des Weiteren übergab er einen Darlehensvertrag vom 29.04.2005 zwischen ihm und der Beigeladenen zu 1) über 20.000,00 EUR. Ausweislich des ebenfalls vorgelegten Arbeitsvertrages zwischen ihm und der Beigeladenen zu 1) vom 24.04.1992 (von ihm als Arbeitnehmer und seiner Ehefrau als Arbeitgeber unterzeichnet) erhält er ab 01.05.1992 ein monatliches Gehalt von 5.509,00 DM zzgl vermögenswirksamer Leistungen. Ferner wurde jährlicher Erholungsurlaub von 29 Tagen, Urlaubsentgelt sowie die Einhaltung einer Kündigungsfrist von drei Monaten vereinbart.

Auf den Hinweis der Beklagten, dass es sich bei der Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) um ein abhängiges, der Sozialversicherungspflicht unterliegendes Beschäftigungsverhältnis handele, führte er aus, seit März 1974 eine Tätigkeit als Geschäftsführer auszuüben und nicht weisungsgebunden zu sein. Sein Gehalt werde als Betriebsausgabe verbucht und von ihm würden Lohnsteuer und Sozialabgaben abgeführt. Das Unternehmerrisiko ergebe sich bereits daraus, dass er mit seinem Privatvermögen für die Verbindlichkeiten der Firma hafte. Im Übrigen habe es die Beklagte bislang bei Betriebsprüfungen unterlassen, ihn darauf aufmerksam zu machen, dass er in seiner Tätigkeit nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Er führe die Beigeladene zu 1) gemeinsam mit seiner Ehefrau. Ihm obliege es, Personal einzustellen und Rechtsgeschäfte jeglicher Art abzuschließen. Aufgrund seines besonderen Fachwissens würden jegliche Tätigkeiten von ihm selbst bearbeitet werden. Dies könne durch die vertraglichen Bindungen zu Brauerei, Zulieferern sowie Groß- und Einzelhändlern bestätigt werden.

Nachdem auch die Deutsche Rentenversicherung Baden-Württemberg mit Schreiben vom 10.10.2007 mitgeteilt hatte, sie teile die

Auffassung der Beklagten, stellte diese mit Bescheid vom 16.10.2007 fest, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) in einem abhängigen, Sozialversicherungspflicht begründenden Beschäftigungsverhältnis stehe. Zur Begründung führte sie aus, beim Kläger überwiegen die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung. Der Kläger beziehe ein monatliches Arbeitsentgelt, welches als Betriebsausgabe verbucht und von dem Lohnsteuer abgeführt werde. Werde steuerlich von einem Arbeitsverhältnis unter Ehegatten ausgegangen, so müsse regelmäßig auch für den Bereich der Sozialversicherung von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis gesprochen werden. Durch den Abschluss eines Mietvertrages hinsichtlich des Betriebsgebäude an die Ehefrau, werde noch kein unternehmerisches Risiko begründet. Der Kläger hafte auch nicht mit seinem gesamten Privatvermögen, sondern lediglich seine Ehefrau als Alleininhaberin der Beigeladenen zu 1). Die Gewährung von Sicherheiten schließe ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis nicht aus. Unverständlich sei, dass dem Kläger erst nach 33 Jahren aufgefallen sei, dass seine Tätigkeit nicht richtig beurteilt worden sein soll. Wäre eine Mitunternehmerschaft des Klägers gewollt gewesen, hätte dieser Schritt bereits im Jahr 1974 durch Gründung einer Personengesellschaft vollzogen werden können. Die konkrete vertragliche Gestaltung habe dazu geführt, dass das Arbeitsverhältnis in der Vergangenheit als sozialversicherungspflichtig beurteilt worden sei. In regelmäßigen Abständen von spätestens vier Jahren sei eine Betriebsprüfung durchgeführt worden und dabei das Versicherungsverhältnis nie beanstandet worden. Die Mitunterzeichnung eines Darlehensvertrages und das damit verbundene Unternehmerrisiko könne in einer Gesamtbetrachtung nicht die Annahme einer selbständigen Tätigkeit rechtfertigen.

Mit seinem dagegen am 22.10.2007 eingelegten Widerspruch machte der Kläger unter Bezugnahme auf sein bisheriges Vorbringen geltend, er sei nach seiner Ausbildung zum Großhandelskaufmann 1974 im Alter von 19 Jahren in die Firma seines verstorbenen Vaters eingestiegen. Seine Mutter sei nur formell im Betrieb tätig gewesen, da man damals erst mit 21 Jahren voll geschäftsfähig gewesen sei. Alle Geschäftsabläufe seien von Mutter und Sohn gemeinsam getätigt worden. Sämtliche Geschäftsaktivitäten wie Lieferantenbestellungen, Urlaubsvergabe, Mitarbeiter Einstellungen und Entlassungen seien von ihm veranlasst worden. An seiner Tätigkeit habe sich auch durch die Übernahme der Firma durch seine Ehefrau (ohne Betriebsgebäude) nichts geändert. Seine Frau habe sich um die Erziehung der Kinder gekümmert und er habe die Firma fortgeführt. Die Beklagte habe insbesondere unberücksichtigt gelassen, dass er aufgrund seiner Darlehensverpflichtungen exakt dasselbe Unternehmerrisiko trage wie seine Ehegattin. Er habe von Beginn an eigenverantwortlich und weisungsfrei die kaufmännische Leitung innegehabt sowie die komplette Firmenleitung. Allen Mitarbeitern gegenüber sei er weisungsberechtigt. Seine Entscheidungen habe er ohne Rücksprache mit seiner Ehefrau treffen können. So habe er beispielsweise den Fuhrpark sowie Veränderungen am Geschäftsgebäude veranlasst. Auch die Firmenübernahme sei entgegen dem Willen seiner Ehefrau durch ihn beschlossen worden. Wäre das Unternehmen wirtschaftlich instabil geworden, hätte der Kläger mit einer Lohnkürzung zu rechnen gehabt. Letztlich habe die tatsächliche Gestaltung der Verhältnisse Vorrang vor dem rechtlich anders geregelten, aber nicht praktizierten Vertragsverhältnis. Die Beklagte wies den Widerspruch des Klägers mit Widerspruchsbescheid vom 19.05.2008 aus den Gründen des Ausgangsbescheides zurück. Seit dem 01.04.1974 sei der Kläger versicherungspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung. Krankenversicherungspflicht habe bis zum 31.12.1983 bestanden; seit dem 01.01.1984 bestehe Krankenversicherungsfreiheit nach [§ 6 Abs 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V).

Hiergegen hat der Kläger am 20.06.2008 beim Sozialgericht Stuttgart (SG) Klage erhoben. Zu deren Begründung verweist er auf seinen Vortrag im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren. Die Beklagte ist der Klage mit Verweis auf ihre Ausführungen im Widerspruchsbescheid entgegengetreten.

Mit Beschluss vom 12.01.2009 hat das SG die Firma Getränkehandel H. (Beigeladene zu 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene zu 2), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene zu 3) und die AOK Baden-Württemberg - Pflegekasse - (Beigeladene zu 4) zum Verfahren beigeladen.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom 02.11.2009 abgewiesen und zur Begründung im Wesentlichen ausgeführt, die Klage sei unbegründet, da der Kläger in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 1) stehe. Insgesamt überwiegen die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen. Der Kläger sei zu keinem Zeitpunkt an der Beigeladenen zu 1) beteiligt gewesen und habe daher rechtlich nicht die Möglichkeit gehabt, die unternehmenspolitischen Entscheidungen zu beeinflussen oder zu verhindern. Dem stehe nicht entgegen, dass er große Bereiche des Unternehmens eigenverantwortlich geführt habe, ohne tatsächlichen Weisungen der Beigeladenen zu 1) zu unterliegen. Entscheidend sei vielmehr, dass der Beigeladenen zu 1) in jedem Einzelfall Letztentscheidungsbefugnis zugestanden habe. Bei seiner Tätigkeit habe es sich um eine Dienstleistung höherer Art gehandelt. Gegen ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis spreche auch weder die Tatsache, dass er der Beigeladenen zu 1) das Betriebsgrundstück vermietet, noch dass er ihr ein Darlehen gewährt habe. Das wirtschaftliche Risiko bestehe bei der Vermietung lediglich in der Gefahr des Ausfalls von Mieteinnahmen. Im Übrigen habe der Kläger das Betriebsgrundstück gerade nicht im Rahmen einer gesellschaftsrechtlichen Vereinbarung als Kapital in das Unternehmen der Beigeladenen zu 1) eingebracht und sich daher nicht am Unternehmerrisiko der Beigeladenen zu 1) beteiligt. Darüber hinaus mache auch die Gewährung von Darlehen oder Sicherheiten eine Tätigkeit nicht zu einer selbständigen. Aus der Übernahme von Bürgschaften könne ebenfalls keine Unternehmensbeteiligung abgeleitet werden, da Angehörige in der Regel ein gesteigertes Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens hätten. Darüber hinaus habe er ein festes monatliches Gehalt bezogen und auch einen Urlaubsanspruch gehabt. Im Rahmen der vorzunehmenden Abwägung sei daher von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen.

Gegen das dem Kläger bevollmächtigten am 30.11.2009 mittels Empfangsbekanntnis zugestellte Urteil hat der Kläger am 23.12.2009 beim Landessozialgericht (LSG) Berufung eingelegt. Das SG habe in seinem Urteil verkannt, dass er die unternehmerischen Entscheidungen selbständig treffe, ohne Rücksprache mit seiner Frau zu halten; ferner nehme er Einstellungen und Entlassungen vor und führe sämtliche Verhandlungen mit Lieferanten, Kunden und Banken. Er verfüge allein über die Kenntnisse und Fähigkeiten, die für eine Führung der Firma notwendig seien. Insbesondere sei seine Ehefrau als Betriebsinhaberin im Unternehmen nicht tätig. Im Übrigen entspreche der "Arbeitsvertrag" nicht dem was üblicherweise als Arbeitsvertrag bezeichnet werde. Auch verfügte Geschäftsführer mit Kapitalbeteiligung im Regelfall über Dienstverträge, in denen neben einer festen Vergütung auch Urlaubsansprüche geregelt seien. Bei juristischen Personen sei dies alleine aus steuerlichen Gründen notwendig, da andernfalls die Auszahlung eines Geschäftsführergehaltes als verdeckte Gewinnausschüttung gelten würde. Auch nehme das Bundessozialgericht (BSG) bei einem Fremdgeschäftsführer eine selbständige Tätigkeit in den Fällen an, in denen er mit den Gesellschaftern familiär verbunden sei und die Geschäfte faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führen könne bzw er im Unternehmen "schalten und walten" könne, wie er wolle, weil er die Gesellschafter persönlich dominiere und weil sie wirtschaftlich von ihm abhängig seien. Dies sei beim Kläger der Fall. Auch dominiere der Kläger die Inhaberin der Beigeladenen zu 1) persönlich, da sie wirtschaftlich von ihm abhängig sei. Die zur Verfügungstellung des Betriebsgrundstückes sei eine wesentliche

Grundlage für die Betriebsfortführung. Sollte der Kläger den Mietvertrag mit seiner Ehefrau kündigen, würde dies weitreichende Investitionen seitens seiner Ehefrau notwendig machen, die aus dem Unternehmensgewinn nicht zu tragen sei und insofern die Existenz des Unternehmens in Frage stellen würde. Die Übernahme der "Bürgschaftserklärung für Verbindlichkeiten des Unternehmens in Höhe von 350.000,00 EUR" sei für einen Arbeitnehmer untypisch und begründe ein Unternehmerrisiko, das der Kläger eingegangen sei. Die Beigeladene zu 1) werde als Inhaber geführte Einzelfirma geführt, um die Haftung auf das Führen der Betriebsinhaberin zu beschränken.

Im Rahmen eines Erörterungstermins am 09.06.2011 hat der Kläger angegeben, die Mitgliedschaft bei der Beklagten bestehe seit 01.01.2011 nicht mehr. Vielmehr sei er seither bei der B ... krankenversichert. Diese habe mit Bescheid vom 09.03.2011 festgestellt, dass er in seiner Beschäftigung bei der Beigeladenen zu 1) ab dem 01.02.2011 keiner Versicherungspflicht zur Sozialversicherung unterliege, da es sich nicht um ein abhängiges versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis handele.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 02.11.2009 sowie den Bescheid der Beklagten vom 16.10.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.05.2008 aufzuheben und festzustellen, dass seine Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit vom 01.04.1974 bis 31.12.2010 nicht der Gesamtsozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie erachtet die erstinstanzliche Entscheidung für zutreffend. Auch wenn anzunehmen sei, dass der Kläger im Rahmen der familienhaften Rücksichtnahme Einfluss auf die Entscheidungen der Beigeladenen zu 1) ausüben könne, habe dennoch die Inhaberin der Beigeladenen zu 1) die alleinige Rechtsmacht, Entscheidungen auch gegen die Interessen des Klägers zu treffen. Das unternehmerische Risiko als solches werde nicht durch eine Tätigkeit im Unternehmen begründet, sondern vor allem durch das Haftungsrisiko und durch die Möglichkeit, Unternehmensentscheidungen durchzusetzen und Weisungen zu erteilen. Auch durch die Übernahme von Darlehen und Bürgschaften werde kein Unternehmerrisiko begründet. Die Mithaftung von Familienmitgliedern für Verbindlichkeiten des Unternehmensinhabers seien mit der Haftung von fremden Arbeitnehmern nicht zu vergleichen. Angehörige hätten in der Regel ein gesteigertes beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Hieraus ergebe sich jedoch nicht, dass ein wesentliches Unternehmerrisiko eingegangen werde. Insbesondere habe der Kläger keine wichtigen Gründe genannt, rückwirkend in das jahrelang mit Billigung aller Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag.

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

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist statthaft und zulässig, jedoch nicht begründet. Das SG hat die Anfechtungs- und Feststellungsklage ([§§ 54 Abs 1, 55 Abs 1 SGG](#)) zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 16.10.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.05.2008 ([§ 95 SGG](#)) ist rechtmäßig und verletzt den Kläger nicht in seinen Rechten. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) im Zeitraum vom 01.04.1974 bis 31.12.2010 abhängig beschäftigt war und deshalb der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegt. Demgegenüber besteht seit 01.01.1984 keine Krankenversicherungspflicht und in der Folge seit 01.01.1995 keine sich aus [§ 20 Abs 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) ergebende Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung.

Nach [§ 28 h Abs 2 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV) in der seit 1. Januar 2006 geltenden Fassung (BGBl I, S 86) entscheidet die Beklagte als Einzugsstelle über die Versicherungspflicht und Beitragshöhe in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung. Die Zuständigkeit der Krankenkasse als Einzugsstelle, bei abhängig Beschäftigten über die Versicherungspflicht zu entscheiden, gilt auch dann, wenn diese Frage nur in Versicherungszweigen außerhalb der Krankenversicherung umstritten ist (BSG 23.09.2003, [B 12 RA 3/02 R, SozR 4-2400 § 28h Nr 1](#)). Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht, [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V, § 1 Satz 1 Nr 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, [§ 25 Abs 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach ständiger Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#); BSG 04.07.2007, [B 11 a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht (BVerfG) [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)). Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die

tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199, 200 ff](#); BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); [BSGE 87, 53, 56](#); jeweils mwN). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl hierzu insgesamt BSG [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

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. Entsprechendes gilt für die Beteiligung an einem als Einzelfirma geführten Familienbetrieb. 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 abzuweichen. Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist ebenfalls unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen ([BSGE 3, 30, 39 f](#); [17, 1, 7 f](#); [74, 275, 278 f](#); BSG [SozR 2200 § 165 Nr 90](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 11](#)).

Bei der Beschäftigung eines Familienangehörigen ist zudem neben der Eingliederung des Beschäftigten in den Betrieb und dem ggfs abgeschwächten Weisungsrecht des Arbeitgebers von Bedeutung, ob der Beschäftigte ein Entgelt erhält, das einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit darstellt, mithin über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder einer Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgeht. Dabei kommt der Höhe des Entgelts lediglich Indizwirkung zu. Es gilt nicht der Rechtssatz, dass eine untertarifliche oder eine erheblich untertarifliche Bezahlung die Annahme eines beitragspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses ausschließt (BSG 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#), 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](#); [SozR 3-2400 § 7 Nr 1](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 11](#)).

Vor diesem Hintergrund bestimmen sich vorliegend die rechtlich relevanten Beziehungen des Klägers und der Beigeladenen zu 1) seit 01.04.1974 nach dem handelsrechtlichen Status und dem weiterhin gültigen Anstellungsvertrag von 1992 sowie dem in der Praxis gelebten Ablauf der Tätigkeit des Klägers. Trotz der von ihm schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung seiner Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) überwiegen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Der Kläger war während der gesamten Zeit nicht an der Einzelfirma seiner Mutter bzw - ab 1988 - derjenigen seiner Ehefrau beteiligt. Selbst im Jahr 1988, als die Ehefrau den aus der Familie des Klägers stammenden Betrieb übernommen hat und damit eine Umstrukturierung des Unternehmens vorgenommen wurde, haben sich für die gesellschaftsrechtlichen Beziehungen des Klägers zur Beigeladenen zu 1) keine Änderungen ergeben.

Folglich konnte der Kläger in rechtlicher Hinsicht Weisungen seiner Mutter bzw seiner Ehegattin als Betriebsinhaberin nicht verhindern. Selbst wenn das Weisungsrecht tatsächlich nicht ausgeübt wurde, ändert dies an diesem Ergebnis nichts. Zum einen gehört eine vorhandene Rechtsmacht auch dann zu den tatsächlichen Verhältnissen, wenn von ihr kein Gebrauch gemacht wird (vgl BSG 25.01.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), juris); zum anderen kann das Weisungsrecht des Arbeitgebers insbesondere bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Versicherte nur in dem Betrieb eingegliedert ist (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 8/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 19](#) mwN). Unter diesen Voraussetzungen sind auch Mitglieder von Vorständen juristischer Personen, die von Weisungen im täglichen Geschäft weitgehend frei sind, abhängig Beschäftigte (BSG 19.06.2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 18](#)).

Die Tätigkeit wurde im streitigen Zeitraum wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Die vertraglichen Regelungen - an deren Wirksamkeit der Senat keinen Zweifel hat - entsprechen dem, was üblicherweise mit abhängig Beschäftigten vereinbart wird. Der Kläger erhielt ausweislich des Anstellungsvertrags vom 24.04.1992 eine feste monatliche Vergütung in Höhe von zunächst 5.590,00 DM und hat Anspruch auf Urlaub und Urlaubsgeld sowie vermögenswirksame Leistungen. All dies sind Indizien, die für eine Arbeitnehmertätigkeit sprechen (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 20](#); BSG 04.07.2001, [B 11 a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)). Soweit der Kläger deutlich mehr als üblicherweise von Arbeitnehmern geschuldet gearbeitet hat, ist darauf hinzuweisen, dass Familienangehörige in der Regel ein gesteigertes Interesse am Erhalt des Familienbetriebes haben, so dass sie regelmäßig bereit sind, überdurchschnittliche Leistungen zu erbringen. Letzteres gilt in gleichem Maße für leitende Angestellte, die ebenfalls in der Regel bereit sind, auch in zeitlicher Hinsicht überdurchschnittliche Leistungen zu erbringen (vgl hierzu und zum Ganzen: Urteil des erkennenden Senats vom 23. Februar 2010, [L 11 KR 2460/09](#), juris).

Aus dem Umstand, dass der Kläger in seinem Aufgabengebiet frei walten und schalten konnte, lässt sich ebenfalls keine selbständige Tätigkeit herleiten. Dies ist vielmehr geradezu typisch und der Tätigkeit eines leitenden Angestellten immanent. Der Senat vermag insbesondere nicht zu erkennen, dass der Kläger die Geschäfte der Gesellschaft faktisch wie ein Alleininhaber nach eigenem Gutdünken führte, Geschäftspolitik betrieb, strategische Entscheidungen fällte und die gegebene Betriebsordnung für ihn nicht bestimmend war. Ein solcher Schluss ist auch nicht aus dem Vorbringen des Klägers zu schließen, er habe im Jahr 2000 die Entscheidung getroffen, die Zweigstelle eines Konkurrenten zu übernehmen. Vielmehr hat er nach seiner eigenen Darstellung den Betrieb gemeinsam mit seiner Mutter bzw Ehefrau geführt und maßgebliche Informationen an diese weitergegeben. Bei einem Einzelunternehmen verlangt der Senat für eine Mitunternehmerschaft, dass der Ehegatte, der nicht Inhaber der Firma ist, nicht nur am Gewinn, sondern auch am Verlust des Unternehmens beteiligt ist (Senatsurteil vom 15. April 2011, L 11 KR 3922/10, sowie - zur stillen Beteiligung an einer KG - Senatsurteil vom 20. Juli 2010, [L 11 KR 3910/09](#), beide veröffentlicht in juris).

Ganz allgemein kann allerdings ein ständiges und bestehendes Einvernehmen zwischen Arbeitgeber und Arbeitnehmer nicht den Status des abhängig Beschäftigten aufheben. Hätte der Kläger tatsächlich die Geschicke der Beigeladenen zu 1) selbst geleitet, hätte es nahegelegen,

auch das Haftungsrisiko auf ihn zu übertragen und eine entsprechende gesellschaftsrechtliche Anpassung vorzunehmen. Dies war offensichtlich in der Vergangenheit gerade nicht gewollt. Die erste Möglichkeit zur Aufnahme einer Mitunternehmerschaft des Klägers hätte bereits nach Eintritt seiner Volljährigkeit, eine weitere im Zusammenhang mit dem Wechsel der Inhaberschaft des Getränkehandels von seiner Mutter auf seine Ehegattin im Jahr 1988 bestanden; der Kläger und seine Mutter bzw. Ehefrau haben hiervon jedoch keinen Gebrauch gemacht. Vielmehr erfolgte eine Beteiligung des Klägers an der Beigeladenen zu 1) zu keinem Zeitpunkt. Der Kläger konnte bis 31.12.2010 trotz seiner Befugnisse aufgrund fehlender Unternehmensanteile die entscheidenden, gestaltenden und richtungsweisenden unternehmenspolitischen Entscheidungen nicht beeinflussen. Letztlich hat der Kläger keine Rechtsmacht inne, die es ihm ermöglicht, gegen den Willen seiner Mutter bzw. Ehefrau als jeweiliger alleiniger Inhaberin der Beigeladenen zu 1) Geschäfte zu betreiben.

Das unternehmerische Risiko besteht auch nicht darin, dass der Familienunterhalt allein durch den Betrieb bestritten wird und der Lebensstandard sich an den Gewinnen und Verlusten der Gesellschaft orientiert. Maßgebendes Kriterium für ein solches Risiko ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Der Kläger hat ein regelmäßiges Entgelt unabhängig von der Ertragslage erhalten. Es bestand nie die Gefahr, die Arbeitskraft ohne Gegenleistung einzusetzen.

Auch durch das Zurverfügungstellen des Grundstückes bzw. der Betriebsgebäude gegen eine ortsübliche Miete wird eine selbstständige Tätigkeit nicht begründet. Eine solche Sachverhaltsgestaltung dient erfahrungsgemäß dazu, den zu versteuernden Gewinn des Familienbetriebes zu minimieren und zugleich im Fall einer Insolvenz des Unternehmens einen Zugriff von Gläubigern auf das Grundstück zu verhindern. Die Tatsache, dass der Kläger ohne Zustimmung seiner Ehefrau als Betriebsinhaberin Veränderungen am Betriebsgebäude vornehmen konnte, führt ebenfalls nicht zu einer anderen Beurteilung der Sach- und Rechtslage, da er als Eigentümer des Gebäudekomplexes hierzu berechtigt war.

An der Eigenschaft des Klägers als abhängig Beschäftigtem ändert sich schließlich nichts dadurch, dass er dem Betrieb oder der Betriebsinhaberin ein Darlehen gewährt und in großem Umfang Sicherheiten für Darlehen seiner Ehefrau in Form der Eintragung von Grundschulden auf ein ihm gehörendes Grundstück übernommen hat. Die Gewährung von Darlehen, die Übernahme von Bürgschaften und auch entsprechende Schuldbeiträge sind nicht mit der Gewährung eines Darlehens durch einen fremden Arbeitnehmer, der nicht Angehöriger des Unternehmensinhabers ist, zu vergleichen (vgl. zuletzt Senatsurteil vom 29.09.2011, [L 11 KR 4096/09](#) mwN; Senatsurteil vom 28.06.2011, [L 11 KR 2109/10](#); Senatsurteil vom 03.05.2011, [L 11 KR 2108/09](#); Senatsurteil vom 23. 02.2010, [L 11 KR 2460/09](#), juris; Senatsurteil vom 01. 02.2011, [L 11 KR 1541/09](#), juris; LSG Baden-Württemberg 15.08.2008, [L 4 KR 4577/06](#), juris). Eheleute haben als solche ein gesteigertes beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens. Hieraus ergibt sich aber kein wesentliches Unternehmerrisiko. Im Übrigen trägt jeder, der ein Darlehen gibt, das Risiko, dass der Darlehensnehmer das Darlehen nicht zurückzahlen kann. Damit lässt sich kein für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit typisches Unternehmerrisiko begründen.

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

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2011-12-25