

L 11 KR 5111/10

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Konstanz (BWB)
Aktenzeichen
S 2 KR 777/08
Datum
29.06.2010
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 5111/10
Datum
17.01.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 29.06.2010 wird zurückgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind auch für das Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die Klägerin im Rahmen ihrer Tätigkeit für den Betrieb ihres Ehemannes, dem Beigeladenen Ziff 1, ab Gründung des Unternehmens im September 2000 dort abhängig beschäftigt war und deshalb der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung sowie der Arbeitslosenversicherung unterlag.

Die 1969 geborene Klägerin ist gelernte Erzieherin. Nach der Ausbildung war sie einige Zeit im Ausland, anschließend berufsfremd in einer Werbeagentur und bei C. versicherungspflichtig beschäftigt. Sie ist seit dem 11.08.1995 mit dem Beigeladenen Ziff 1 verheiratet. Die Eheleute leben im Güterstand der Zugewinnngemeinschaft. Der Ehemann und Beigeladene Ziff 1 ist gelernter Kfz-Meister. Zunächst war er als Monteur bei M. beschäftigt.

Seit September 2000 betreibt der Beigeladene Ziff 1 die ESSO-Station P. H. in M ... Der Betrieb samt Betriebsgebäude ist von der ESSO AG gepachtet und besteht aus einer Tankstelle und einer Kfz-Werkstatt. Entsprechend der Vorgaben der Verpächterin wird der Betrieb als Einzelfirma auf den Namen des Beigeladenen Ziff 1 geführt, der alleine im Handelsregister eingetragen ist. Die Tankstelle hat täglich geöffnet von 6:00 Uhr bis 24:00 Uhr, die Kfz-Werkstatt von 7:30 Uhr bis 16:30 Uhr. Die Einnahmen der Kfz-Werkstatt werden über die Kasse der Tankstelle abgerechnet. Im Jahr 2009 beschäftigte der Beigeladene Ziff 1 einen Lehrling in der Werkstatt, sowie vier Festangestellte und ca 16 Aushilfen.

Seit Übernahme der ESSO-Station ist die Klägerin mit der Führung und Verwaltung der Tankstelle betraut. Sie hat - mit dem Beigeladenen Ziff 1 zusammen - bei der ESSO AG als "Grundausbildung" zum Betrieb einer Tankstelle bezeichnete Fortbildungen besucht. Ein schriftlicher Arbeitsvertrag existiert nicht. Die Arbeitszeit ist auf sechs Tage pro Woche aufgeteilt, teilweise auch am Wochenende. Die Klägerin arbeitet zeitlich unregelmäßig, nach eigenen Angaben aber 55 Stunden pro Woche. Nach eigenen Angaben gegenüber der Beklagten bezog sie im Jahr 2006 ein monatliches Netto-Gehalt von 946,00 EUR, im Jahr 2009 bezog sie ausweislich der vorgelegten Lohnkonten ein Bruttogehalt von monatlich 1.278,23 EUR. Das Gehalt wird auf ein eigenes Konto der Klägerin überwiesen und als Betriebsausgabe steuerlich verbucht. Der Beigeladene Ziff 1 führt für die Klägerin Lohnsteuer sowie Sozialversicherungsbeiträge ab. Eine steuerliche Mitunternehmereigenschaft der Klägerin iSd [§ 15 Abs 1 Satz 1 Nr 2 EStG](#) wurde nicht geltend gemacht. Eigenes Kapital hat die Klägerin nicht in den Betrieb eingebracht; sie hat jedoch für vom Beigeladenen Ziff 1 aufgenommene Darlehen zur Aufnahme der selbständigen Tätigkeit persönliche Bürgschaften bzw Grundschulden auf im gemeinsamen Eigentum stehende Grundstücke übernommen. Mit Aufnahme der Tätigkeit der Klägerin in der Tankstelle wurde sie der Beklagten, deren Mitglied sie schon zuvor war, als versicherungspflichtig Beschäftigte der Firma des Beigeladenen Ziff 1 gemeldet.

Für die Zeit vom 20.03.2007 bis zum 27.03.2007 beantragte der Beigeladene Ziff 1 bei der Beklagten wegen einer Erkrankung der Klägerin die Erstattung von Arbeitgeberaufwendungen bei Krankheit.

Einen bei der Deutschen Rentenversicherung Bund, der Beigeladenen Ziff 2, gestellten Antrag auf Durchführung eines Statusfeststellungsverfahrens vom 31.07.2007 lehnte diese mit Bescheid vom 13.09.2006 mangels Zuständigkeit ab und verwies die Klägerin an die Beklagte. Am 29.09.2006 beantragte die Klägerin bei der Beklagten die Feststellung, dass sie seit Beginn ihrer Tätigkeit in

der Firma des Beigeladenen Ziff 1 nicht der Sozialversicherungspflicht unterliege. Sie machte geltend, der Beigeladene Ziff 1 sei formal als Inhaber im Handelsregister eingetragen, da der Betrieb zunächst als Einzelunternehmen angemeldet worden sei. Es sei jedoch bereits bei Gründung des Unternehmens vereinbart gewesen, dass sie neben ihrem Ehemann die leitende Funktion im Betrieb einnehmen werde. Während sich der Beigeladene Ziff 1 auf den technisch-handwerklichen Bereich der Werkstatt und Tankstelle konzentriere, obliege ihr die gemeinsame kaufmännische Leitung des Betriebes mit Personalführung, Lohnbuchhaltung, Verwaltung, Rechnungswesen, Buchhaltung, Kassierertätigkeit sowie Kundenberatung, die teilweise auch durch den Beigeladenen Ziff 1 erfolge. Sie nehme an allen unternehmerischen Entscheidungen gleichberechtigt teil und trete auch nach außen entsprechend auf. Weisungen seitens des Beigeladenen Ziff 1 unterliege sie nicht; sie bestimme Zeit, Art und Umfang ihrer Tätigkeit selbst und trage unternehmerisches Risiko aufgrund ihrer Mitverpflichtung für Betriebsdarlehen und die Übernahme von Bürgschaften sowie aufgrund der Tatsache, dass das Anlage- und Umlaufvermögen des Unternehmens in gemeinschaftlichem Eigentum stehe und schließlich auch im Hinblick darauf, dass sie durch das der Arbeitsleistung nicht entsprechende oder übliche Arbeitsentgelt von brutto 1278,00 EUR bei einer 55 Stunden-Woche ihren Anteil am Unternehmen erbringe. Es könne nicht von einem fremden Betrieb ausgegangen werden, in welchem sie eine persönliche wie wirtschaftlich abhängige Beschäftigung ausübe. Mangels Arbeitsvertrags seien weder eine Kündigungsfrist noch ein Urlaubsanspruch vereinbart und in Übereinkunft mit dem Beigeladenen Ziff 1 habe sie auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall verzichtet, da diese für das Familieneinkommen ohne Auswirkungen wäre. Sie sei als Geschäftsführerin tätig. Ohne ihre Mitarbeit müsste eine andere Arbeitskraft eingestellt werden.

Nach Abstimmung mit der Beigeladenen Ziff 2 stellte die Beklagte mit Bescheid vom 06.09.2007 fest, es liege eindeutig ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor. Als Indiz für eine abhängige Beschäftigung wertete sie auch den Umstand, dass im Mai 2007 für die Klägerin ein Antrag auf Erstattung der Arbeitgeberaufwendungen bei Krankheit gestellt worden sei. Den am 02.10.2007 erhobenen Widerspruch wies die Widerspruchsstelle der Beklagten mit Widerspruchsbescheid vom 13.02.2008 zurück.

Am 18.03.2008 hat die Klägerin hiergegen beim Sozialgericht Konstanz (SG) Klage erhoben. Sie verfüge über sämtliche Informationen, welche sie benötige, um den wirtschaftlichen Teil einer Tankstelle zu führen. Eigener Kfz-technischer Kenntnisse bedürfe es dafür nicht. Die Tätigkeit, die ihre selbständige Tätigkeit wesentlich ausmache, seien für sie und auch den Beigeladenen Ziff 1 Neuland gewesen. Fortbildungsmaßnahmen der ESSO hätten sie beide in gleichem Maße wahrgenommen. Lediglich weil ESSO eine GmbH als Inhaber der Tankstelle abgelehnt habe, habe alleine der Beigeladene Ziff 1 den Vertrag unterschrieben. Typisch für eine selbständige Tätigkeit sei auch die von ihr praktizierte freie Zeiteinteilung. Sie sei seinerzeit auf Betreiben des Steuerberaters bei der Beklagten gemeldet worden. Sie habe damals noch nicht gewusst, dass ihre Einordnung als Angestellte mit ihrer tatsächlichen Stellung nicht übereinstimme. Dass Leistungen nach dem Entgeltfortzahlungsgesetz für sie bei der Beklagten beantragt worden seien, beruhe auf einem Fehler in der Buchhaltung, den sie erst jetzt bemerkt habe. Der Betrag sei an die Beklagte zurückerstattet worden.

Mit Beschluss vom 06.11.2008 hat das SG den Ehemann und Betreiber der ESSO-Station (Beigeladener Ziff 1), die Deutsche Rentenversicherung Bund (Beigeladene Ziff 2), die Bundesagentur für Arbeit (Beigeladene Ziff 3) sowie die BKK der M. F. GmbH - Pflegekasse (Beigeladene Ziff 4) beigeladen und die Klägerin sowie den Beigeladenen Ziff 1 in einem Termin zur Erörterung des Sachverhalts am 01.07.2009 persönlich gehört. Wegen des Inhalts und Ergebnisses des Termins wird auf Blatt 35 bis 43 des SG-Akte Bezug genommen.

Der Beigeladene Ziff 1 hat dort ua erklärt: " Was die Gewichtung der beiden Betriebsteile angeht, ist zu sagen, dass die Sache ohne den Kfz-Betrieb nicht zu machen wäre. Von der Tankstelle allein könnten wir nicht leben. Wenn es um unternehmerische Entscheidungen geht, beispielsweise Investitionen, kommt es darauf an, welchen Bereich diese betreffen. Geht es um die Werkstatt, dann entscheide ich. Geht es um die Tankstelle entscheidet meine Frau. Selbstverständlich sprechen wir darüber. Die Kfz-Werkstatt ist zwingend mit dem Tankstellenbetrieb verbunden. Dies wird von Esso so verlangt. "

Die Klägerin hat ua erklärt: " Es hat sich so entwickelt, dass ich unten in der Tankstelle sitze und diesen Bereich führe, mein Mann die Werkstätte oben. Er ist für alles Technische zuständig, auch im Bereich der Tankstelle, ich für das Übrige. Es hieß vom Steuerberater, dass ich als Angestellte zu führen sei und als Angestellte auch ein Gehalt bekommen müsse. Auch die Höhe des Gehalts beruht auf Empfehlung des Steuerbüros. Weisungsgebunden bin ich auf gar keinen Fall. Um ein Beispiel zu nennen: Wenn ich den Eindruck habe, dass ich noch etwas tun muss, dann mache ich das auch sonntags, ohne meinen Mann zu fragen. Wenn ich am Freitag während der Arbeitszeit zur Fußpflege gehen möchte, dann tue ich das, ohne meinen Mann zu fragen. Auch wenn ich zwei Tage mit meiner Freundin auf eine Motorradtour gehen will. Ich organisiere dann nur, dass der Laden läuft, instruiere das Personal entsprechend und sage meinem Mann Bescheid, dass ich nicht da bin. Ich selbst arbeite in der Regel ab 9:00 Uhr in der Früh und dann so lange, wie es erforderlich ist. Ich habe täglich drei Stunden Kassendienst und muss schauen, dass ich die übrige Büroarbeit noch erledige. Ich arbeite bei Bedarf auch am Sonntag. Was die von der Beklagten aufgegriffene Arbeitsunfähigkeitsmeldung angeht, ist zu sagen, dass dies so zustande gekommen ist, dass ich die Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung, wie bei den Angestellten üblich, in die Buchhaltung gegeben habe, sie gar nicht mehr als meine eigene Arbeitsunfähigkeitsbescheinigung angesehen habe. Dies war mir in dem Moment gar nicht bewusst. Wie gesagt, habe ich ein eigenes Konto, auf das mein "Gehalt" überwiesen wird. Mein Mann und ich haben auch noch ein gemeinsames Konto, auf das sein "Gehalt" fließt, also die Privatentnahmen. Selbstverständlich vermischt sich das."

Mit Urteil vom 29.06.2010 hat das SG die Klage abgewiesen. Die Beklagte habe zutreffend festgestellt, dass die Klägerin beim Beigeladenen Ziff 1 in einem sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis stehe. Trotz der schlüssig dargelegten Freiheiten in der Ausübung ihrer Tätigkeit im Hinblick auf ihre Aufgaben als "Geschäftsleiterin" überwögen qualitativ die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen. So werde die Tätigkeit der Klägerin von Beginn an wie ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abgewickelt. Diese erhalte ein regelmäßiges monatliches Bruttoentgelt. Ein Anspruch auf Entgeltfortzahlung im Fall der Arbeitsunfähigkeit soll nicht bestanden haben, dennoch sei eine Entgeltfortzahlung tatsächlich erfolgt. Daran ändere auch der Umstand nichts, dass der Erstattungsbetrag wieder zurückgezahlt worden sei. Diese Vergütungspraxis entspreche typischerweise der Vergütung abhängig Beschäftigter. Es seien auch keine Anhaltspunkte vorhanden, dass das Arbeitsentgelt Bestandteile enthalte, die auf eine Gewinn- bzw Umsatzbeteiligung schließen ließen. Auch wenn das Gehalt in Anbetracht des hohen Arbeitseinsatzes der Klägerin als niedrig anzusehen sei, stelle es trotzdem noch einen angemessenen Gegenwert für die geleistete Arbeit dar, da es ersichtlich über einen freien Unterhalt, Taschengeld oder eine Anerkennung für Gefälligkeiten hinausgehe. Auch die Verbuchung der Entlohnung als Betriebsausgabe und die tatsächliche zeitnahe Entrichtung von Lohnsteuer seien Indizien für eine abhängige Beschäftigung. Die Klägerin sei auch nicht am Unternehmensrisiko beteiligt. Ein solches ergebe sich auch nicht dadurch, dass die Klägerin Darlehensverträge mit unterschrieben und Bürgschaftserklärungen abgegeben habe.

Denn sie treffe lediglich das Risiko einer "Ausfallhaftung". Diese persönliche Haftung mit privatem Vermögen trete im Hinblick auf die zahlreichen Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen, in den Hintergrund. Auch wenn Eheleute ein gesteigertes gegenseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens hätten, ergebe sich hieraus nicht, dass die Klägerin ein wesentliches Unternehmerrisiko eingegangen sei. Dies zeige sich maßgeblich darin, dass sie unabhängig von dem wirtschaftlichen Erfolg des Beigeladenen Ziff 1 eine feste monatliche Vergütung für ihre Tätigkeit erhalte. Dass wegen des familiären Vertrauensverhältnisses auf die schriftliche Regelung typischer arbeitsrechtlicher Fragen wie Urlaub oder Kündigung verzichtet wurde, falle nicht ins Gewicht. Abgesehen davon, dass davon auszugehen sei, dass in einem Familienbetrieb das Weisungsrecht nur eingeschränkt ausgeübt werde, habe eine eingespielte Aufgabenverteilung im Übrigen regelmäßig zur Folge, dass tatsächlich die Notwendigkeit, Anweisungen zu erteilen, kaum noch gegeben sei. Der Beigeladene Ziff 1 habe es jederzeit in der Hand, als alleiniger Unternehmer hindernd in die Freiheiten der Klägerin einzugreifen. Wenn er aufgrund der Fähigkeiten und Fertigkeiten der Klägerin und deren offenkundigem Interesse am "Wohlergehen" des Betriebs dies weitgehend unterlassen habe, sei das unbedeutend.

Gegen das ihrem Prozessbevollmächtigten am 04.10.2010 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 03.11.2010 beim Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG) Berufung eingelegt. Der Einschätzung des SG könne nicht gefolgt werden. Von Anfang an sei eine Arbeitsteilung zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen Ziff 1 geplant gewesen. Eine Arbeitsteilung bestehe insoweit, als der Beigeladene Ziff 1 eigenverantwortlich den kompletten Werkstattbereich betreue, die Klägerin dagegen den kaufmännischen Bereich samt dem gesamten Personalwesen. Bei ihrer Anmeldung als Angestellte habe sie dem damaligen Steuerberater vertraut. Sie sei davon ausgegangen, dass eine andere legale Möglichkeit der Beschäftigung nicht bestehe, weshalb nicht darauf geschlossen werden könne, dass von vorneherein eine abhängige Beschäftigung gewollt gewesen sei. Auch nach außen sei sie wie eine Mitinhaberin aufgetreten. So habe sie mit Lieferanten Verhandlungen selbständig und ohne Absprache mit dem Beigeladenen Ziff 1 geführt. Sie sei auch als Ansprechpartnerin bei den Vertriebspartnern registriert und werde von diesen selbständig und ohne Zwischenschaltung des Beigeladenen Ziff 1 angesprochen. Entscheidungen im kaufmännischen Bereich würden von ihr ohne wesentliche Rücksprache mit dem Beigeladenen Ziff 1 getroffen. Lediglich größere finanzielle Aufwendungen würden sowohl im Werkstatt- als auch im kaufmännischen Bereich zwischen ihr und dem Beigeladenen Ziff 1 abgesprochen. Ein wirtschaftlicher Verlust des Beigeladenen Ziff 1 habe auch unmittelbar über die familienrechtlichen Regelungen des Zugewinnausgleichs Einfluss auf ihre wirtschaftliche Situation. Sie sei daher selbst am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens wie eine Unternehmerin interessiert. Eine bloße Ausfallhaftung liege nicht vor, denn die hafte für eine Bürgschaft iHv 100.000,00 DM, sowie mit Grundschulden für zwei Darlehen iHv 160.000,00 DM bzw 100.000,00 DM. Auch könne bei einem Bruttolohn von 1.278,00 EUR, einer monatlichen Arbeitszeit von ca 238,33 Stunden und einem durchschnittlichen Stundenlohn iHv 5,36 EUR nicht von einer leistungsgerechten Bezahlung gesprochen werden. Ihre Tätigkeit sei mit der einer leitenden Angestellten zu vergleichen; für eine angestellte leitende Angestellte könne ein Stundenlohn, der gerade einmal 63 % des Mindestlohnes in der Gebäudereinigung entspreche, nicht als angemessen angesehen werden. Daher spreche die Entlohnung eher für eine selbständige Tätigkeit, da sie über das Familieneinkommen unmittelbar an dem wirtschaftlichen Erfolg oder Misserfolg der Tankstelle partizipiere. Auch Dritte, welche nicht mit dem Betriebsinhaber verwandt seien, seien nicht bereit für den ihr gezahlten Lohn ihre Tätigkeit auszuüben.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Konstanz vom 29.06.2010 sowie den Bescheid der der Beklagten vom 06.09.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 13.02.2008 aufzuheben und festzustellen, dass sie hinsichtlich ihrer Tätigkeit im Unternehmen des Beigeladenen Ziff 1 seit September 2000 nicht in einem der Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Renten-, Sozialen Pflege- und Arbeitslosenversicherung unterliegenden abhängigen Beschäftigungsverhältnis steht.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen

Die Beigeladenen haben keinen Antrag gestellt.

Die Beklagte hat vorgetragen, trotz der Freiheiten in der Ausübung der klägerischen Tätigkeiten überwögen die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung. Die Ausführungen und Bewertungen des SG seien rechtlich nicht zu beanstanden und deckten sich mit ihren Bewertungen.

In der mündlichen Verhandlung vom 17.01.2012 hat die Klägerin ua ausgeführt, der Beigeladene ziff 1 habe den Pachtvertrag mit ESSO alleine geschlossen. Sie habe bei den sonstigen Verträgen, wie etwa bei den Darlehen für waren und den Krediten seitens der Kreissparkasse, unterschrieben. Es liege eine Ehegattinnenengesellschaft, zumindest eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts vor. Sie habe für sich selbst keine Entnahmen aus dem Betriebsvermögen getätigt, auf den Namen ihres Ehemannes bzw für diesen aber sehr wohl.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten - insbesondere der von der Klägerin vorgelegten Unterlagen (zB Bürgschafts-, Darlehens-, Grundschuldunterlagen, Lebensversicherungsvertrag, Lohnkonten) - wird auf die Akte des Senats sowie die beigezogenen Akten des SG und der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist gemäß [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) statthaft und zulässig, aber unbegründet.

Der Beigeladene Ziff 1 hat keine auf die Prozessbevollmächtigten der Klägerin lautende Vollmacht vorgelegt; diese vertreten ihn nicht. Soweit er daher einer Entscheidung des SG ohne mündliche Verhandlung nach [§ 124 Abs 2 SGG](#) nicht zugestimmt hat, kommt nach [§ 159 Abs 1 Nr 2 SGG](#) in der zum Zeitpunkt der mündlichen Verhandlung durch den Senat und ab 01.01.2012 geltenden Fassung eine Zurückverweisung nicht in Betracht; aufgrund des Mangels ist eine umfangreiche und aufwändige Beweisaufnahme nicht notwendig. Im Übrigen hatte der Beigeladene Ziff 1 die Gelegenheit, sich im Berufungsverfahren sowie in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat zu äußern, weshalb der Senat darüber hinaus im Rahmen des ihm nach [§ 159 Abs 1 SGG](#) eingeräumten Ermessens von einer Zurückverweisung absieht. Soweit der Beigeladene Ziff 1 von der ihm durch den Senat eingeräumten Möglichkeit, sich zu äußern, keinen Gebrauch gemacht und trotz seines Urlaubs auch nicht die Vertagung des Sitzungstermins begehrt hat, ist sein Anspruch auf rechtliches Gehör nicht

eingeschränkt.

Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen; denn der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 06.09.2007 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 13.02.2008 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Tätigkeit der Klägerin in der Firma ihres Ehemannes, des Beigeladenen Ziff 1, ist versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken-, Renten-, sozialen Pflege- und Arbeitslosenversicherung.

Nach [§ 1 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) umfasst die Sozialversicherung die gesetzliche Kranken-, Unfall- und Rentenversicherung einschließlich der Alterssicherung der Landwirte sowie die soziale Pflegeversicherung (Versicherungszweige). Die Vorschriften des SGB IV gelten nach [§ 1 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) mit Ausnahme der [§§ 29 bis 66 SGB IV](#) sowie der [§§ 91 bis 110 SGB IV](#) auch für die Arbeitslosenversicherung. Die Sozialversicherung umfasst nach [§ 2 Abs 1 SGB IV](#) Personen, die kraft Gesetzes oder Satzung (Versicherungspflicht) oder auf Grund freiwilligen Beitritts oder freiwilliger Fortsetzung der Versicherung (Versicherungsberechtigung) versichert sind. In allen Zweigen der Sozialversicherung - wegen [§ 1 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) auch in der Arbeitsförderung - sind Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind, versichert ([§ 2 Abs 2 Nr 1 SGB IV](#)).

Gemäß [§ 28h Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) stellt die als Krankenkasse, deren Mitglied die Klägerin ist (vgl [§ 28i Satz 1 SGB IV](#)), zuständige Beklagte als Einzugsstelle ua die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung fest. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie seit 01.01.1995 auch in der Pflegeversicherung der Versicherungs- und daraus folgend auch der Beitragspflicht (zur Versicherungspflicht vgl [§ 5 Abs 1 Nr 1 SGB V](#), [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 SGB XI](#), [§ 1 Satz 1 Nr 1 SGB VI](#) und [§ 24 Abs 1](#) und [§ 25 Abs 1 SGB III](#)).

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 gem [§ 7 Abs 1 Satz 2 SGB IV](#) in der seit 01.01.1999 geltenden Fassung des Art 1 Nr 1 a des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20.12.1999 (BGBl I 2000, 2) eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (vgl hierzu und zum Nachfolgenden: Senatsurteil vom 18.05.2010, [L 11 KR 1423/08](#), juris).

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. Diese Weisungsgewundenheit kann, insbesondere bei Diensten höherer Art, eingeschränkt sein. 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. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (vgl BSG, 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris; BSG, 04.07.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 8](#) = juris; BSG, 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7](#) = juris). Deshalb kann zwar eine an sich rechtlich bestehende Abhängigkeit durch die tatsächlichen Verhältnisse so überlagert sein kann, dass eine Beschäftigung im sozialversicherungsrechtlichen Sinne ausscheidet (BSG, 17.05.2001, [B 12 KR 34/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 17](#) = juris; BSG, 08.12.1987, [7 RAr 25/86](#), juris; BSG, 07.09.1988, [10 RAr 10/87](#), [SozR 4100 § 141b Nr 41](#) = juris). Andererseits ist die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich, solange die Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist, die Rechtsmacht also noch besteht, selbst wenn von dieser tatsächlich kein Gebrauch gemacht wird (BSG, 08.09.1990, [11 RAr 77/89](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#) = juris).

Nach diesen Grundsätzen richtet sich auch, ob die Tätigkeit im Unternehmen eines Ehegatten ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis darstellt oder nicht (Senatsurteil vom 15.04.2011, [L 11 KR 3422/10](#), juris Rdnr 27). Der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses steht dabei grundsätzlich nicht entgegen, dass die Abhängigkeit unter engen Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht möglicherweise mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, 21.04.1993, [11 RAr 67/92](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr 11](#) = juris). Ebenfalls unschädlich ist, wenn von dem Weisungsrecht - vor allem im fachlichen Bereich - nicht vollumfänglich Gebrauch gemacht wird. Denn vor allem bei sog Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG, 25.01.2006, [B 12 KR 12/05 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 6](#) = juris; LSG aaO Rdnr 27). Selbst wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, 06.03.2003, [B 11 AL 25/02 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 1](#) = juris; BSG, 19.06.2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 18](#) = juris).

Auch die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nichtversicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalles zu ziehen (Senatsurteil vom 15.04.2011 aaO Rdnr 28). Auch hier ist eine Würdigung der Gesamtumstände erforderlich, ob ein Beschäftigungsverhältnis zwischen den Angehörigen ernsthaft und eindeutig gewollt, entsprechend vereinbart und in der Wirklichkeit auch vollzogen wurde (BSG, 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#), juris).

Zur Überzeugung des Senats steht gemessen an diesen, bereits im Urteil des erkennenden Senats vom 18.05.2010 ([L 11 KR 1423/08](#) mwN, juris) aufgestellten Grundsätzen und unter Berücksichtigung und Würdigung einer Gesamtschau aller Umstände des vorliegenden Falles fest, dass die Tätigkeit der Klägerin im Betrieb ihres Ehemannes seit September 2000 und seither ununterbrochen als abhängige Beschäftigung zu qualifizieren ist, weshalb die Klägerin in der gesetzlichen Kranken-, Renten, sozialen Pflege- und Arbeitslosenversicherung seit September 2000 versicherungspflichtig ist. Die Merkmale, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, überwiegen vorliegend. Die Tätigkeit der Klägerin ist weder eine selbständige noch lediglich im Rahmen einer familiären Mithilfe ausgeübt worden.

Für die Überprüfung der rechtlich relevanten Umstände ist grundsätzlich der zwischen den am Beschäftigungsverhältnis beteiligten Personen geschlossene Arbeits- oder Anstellungsvertrag maßgeblich. Ein solcher schriftlicher Arbeitsvertrag wurde nach den gemeinsamen Angaben der Klägerin und des Beigeladenen Ziff 1 nicht geschlossen. Das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrages spricht jedoch nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis; denn der wirksame Abschluss eines unbefristeten Arbeitsvertrages gemäß [§ 611 BGB](#)

bedurfte weder zu Beginn der Beschäftigung noch heute der Schriftform (vgl Urteil des Senats vom 18.05.2010, [L 11 KR 1423/08](#), juris).

Die Klägerin ist nicht (Mit-)Inhaberin des Betriebes ihres Ehemannes. Der Betrieb tritt nach außen als "ESSO Station P. H." auf. Der Beigeladene Ziff 1 hat auf Betreiben der Tankstellen-Verpächterin eine Einzelfirma gegründet und ist auch so im Handelsregister eingetragen. Eine Inhaberstellung der Klägerin lässt sich hieraus nicht ableiten. Auch hat alleine der Beigeladene Ziff 1 - entgegen den Behauptungen der Klägern - die Betriebsdarlehen aufgenommen, er alleine wird in den vorgelegten Darlehensverträgen als Darlehensnehmer bezeichnet; die Klägerin ist lediglich als "persönlich Mitverpflichtete" - also als zusätzliche Sicherungsgeberin - bezeichnet. Der Beigeladene Ziff 1 bestimmt in rechtlicher Hinsicht die Geschicke des Unternehmens. Soweit die Klägerin vorträgt, in ihrem Zuständigkeitsbereich eigenverantwortlich und ohne Einschaltung des Klägers mit Lieferanten usw zu verhandeln und Außenkontakte zu haben, bedeutet dies nicht zwingend, dass sie damit Mitinhaberin des Betriebes wäre. Denn auch für bestimmte Aufgabenbereiche zuständige Angestellte können nach Bevollmächtigung durch den Betriebsinhaber Außenkontakte pflegen und Verträge mit Wirkung für und gegen den Betriebsinhaber abschließen. Aus der diesbezüglichen Übung im Betrieb des Beigeladenen Ziff 1 kann bei rechtlich bestehender Einzelfirma des Beigeladenen Ziff 1 nicht auf eine Mitinhaberschaft der Klägerin geschlossen werden, zumal sich der Senat auch nicht davon überzeugen konnte, dass Betriebsvermögen, sei es in Form von Anlage- als auch Umlaufvermögen, zumindest auch der Klägerin gehört. Gerade die Betriebseinrichtungen wurden alleine durch den Beigeladenen Ziff 1 von ESSO gepachtet. Auch aus den vorgelegten Darlehensverträgen lässt sich nicht ableiten, dass Darlehen gewährt worden wären, damit die Klägerin Betriebsmittel erwerben kann.

Die Klägerin verfügt auch nicht über eine eigene Betriebsstätte. Denn die von der ESSO AG gepachtete Station, bestehend aus Tankstelle und Werkstatt, steht nicht im Eigentum der Klägerin. Da sie auch weder Pächterin der Station oder ihrer Teile ist, noch Betriebsinhaberin, können die Betriebsstätten des Betriebes des Beigeladenen Ziff 1 nicht der Klägerin zugerechnet werden. Auch Betriebsvermögen steht nicht in ihrem Eigentum.

Die Klägerin ist in den Betrieb des Ehemannes eingegliedert und persönlich abhängig. Eingliederung in den Betrieb bedeutet, dass sie hinsichtlich von Zeit, Dauer, Ort und Art der Tätigkeit einem umfassenden Weisungsrecht des Beigeladenen Ziff 1 unterliegt. Als rechtlich maßgeblicher Betriebsinhaber ist der Beigeladene Ziff 1 rechtlich in der Lage, den im Betrieb Tätigen entsprechende Anweisungen zu geben. Mit der grundlegenden Zuweisung der im Bereich der Tankstelle und im Bereich des Personalwesens anfallenden Aufgaben an die Klägerin hat der Beigeladene Ziff 1 seine betriebliche Ordnungsbefugnis und damit sein ihm zustehendes Weisungsrecht ausgeübt. Mag diese Zuweisung auch auf einer gemeinsamen Überlegung der Klägerin und des Beigeladenen Ziff 1 beruht haben, so ist es letztlich der Beigeladene Ziff 1, der diese Aufgabenzuweisung für den Betrieb und gegenüber den Mitarbeitern zu verantworten hat. Damit wird deutlich, dass diese Zuweisung von Aufgaben an die Klägerin alleine Ausfluss des Weisungsrechts des Beigeladenen Ziff 1 ist. Soweit die Klägerin vorbringt, bestimmte Tätigkeitsinhalte (Kassentätigkeit oder Verwaltungstätigkeit) und Arbeitszeit (Lage und Umfang) nach Bedarf bzw Belieben selbst festlegen zu können und deshalb wie ein Selbständiger über die Arbeitszeit, die Arbeitskraft und den Inhalt der Tätigkeit frei verfügen zu können, so mag dies zwar ein Indiz dafür sein, dass sie im Betrieb des beigeladenen Ziff 1 bestimmte Freiheiten genießt, die einem abhängig Beschäftigten regelmäßig nicht eingeräumt sind. Doch ist gerade in familiären Unternehmensstrukturen - aber auch gegenüber höherrangigem und qualifizierterem Fachpersonal oder bei entsprechender Führungsstruktur - die Ausübung des Weisungsrechts oftmals nicht (mehr) die Regel. Insoweit weist das BSG (21.04.1993, [11 RAr 67/92](#), [SozR 3-4100 § 168 Nr 11](#) = juris) zutreffend darauf hin, dass die Abhängigkeit unter engen Verwandten im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt und deshalb das Weisungsrecht ggf nur mit Einschränkungen ausgeübt wird. Dasselbe gilt auch außerhalb des Familienverbandes gegenüber fachlich besser bewanderten bzw eingearbeiteten Mitarbeitern. Insoweit kann das Weisungsrecht stark eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (BSG, 25.01.2006, [B 12 KR 12/05 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 6](#) = juris). Ob der Beigeladene Ziff 1 das ihm rechtlich zustehende Weisungsrecht ohne Zuhilfenahme arbeitsrechtlich sanktionierender Maßnahmen gegenüber der Klägerin durchsetzen kann bzw will oder aufgrund der Fachkompetenz - ggf auch der Familienverhältnisse - deren Entscheidungen, die ihm als Betriebsinhaber rechtlich zuzurechnen sind, nicht in Zweifel zieht, mitträgt oder der Klägerin völlig vertraut, ist insoweit nicht von wesentlicher Bedeutung. Maßgeblich ist allein die Rechtsmacht des Firmeninhabers (Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 338/09](#), juris Rdnr 37; Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 175/09](#), juris Rdnr 46; Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 335/09](#), juris Rdnr 38). Im Konfliktfall, zB wenn es zu einer familiären Trennung kommt und die familiären Rücksichtnahmen ein Ende haben, kann von den unternehmerischen Befugnissen jederzeit wieder Gebrauch gemacht werden, so etwa auch von einem Weisungs- und Kündigungsrecht (Hessisches LSG aaO). Es ist daher konsequent und im Hinblick auf größtmögliche Rechtssicherheit geboten, eine von Anfang an latent vorhandene Rechtsmacht auch dann für eine abhängige Beschäftigung ausschlaggebend sein zu lassen, wenn von ihr konkret (noch) kein Gebrauch gemacht worden ist (ebenso Hessisches LSG aaO).

Dass die der Klägerin eingeräumten Freiheiten nicht im Sinne einer unternehmerischen freigestaltenden Verfügungsmöglichkeit zu verstehen sind ergibt sich schon daraus, dass die Klägerin aus eigener und freier Willkür heraus - was gerade das Zeichen freier Verfügbarkeit über Arbeitszeit, Arbeitskraft und Inhalt der Tätigkeit ist - den Betrieb weder vollständig noch teilweise aufgeben oder dessen Betriebsgegenstand ändern könnte. Sie könnte, da auch eine Gesellschaft bürgerlichen Rechts oä nicht besteht (dazu s u) - auch nicht die Auflösung des Unternehmens veranlassen. Alleine der Beigeladene Ziff 1 wäre hierzu in der Lage.

Ein weiteres Indiz für die Eingliederung in den Betrieb und damit eine abhängige Beschäftigung ist, dass die Klägerin einen ansonsten anzustellenden Arbeitnehmer ersetzt hat. Dies zeigt sich gerade in Fällen, in denen sie keiner Arbeitsleitung nachgeht und hierfür - wie sie selbst vorgetragen hat - eine Übernahme ihrer Schichten durch angestellte Mitarbeiter zu organisieren hat.

Vom Vorliegen einer Personengesellschaft in Form offenen bzw stillen Gesellschaft bürgerlichen Rechts mit der von der Klägerin angenommenen Rechtsfolge einer selbständigen Tätigkeit, konnte sich der Senat nicht überzeugen. Denn das BSG hat in zahlreichen Entscheidungen in ständiger Rechtsprechung betont, dass es auch bei einer Familiengesellschaft nicht auf die Form der Gesellschaft, sondern wesentlich auf die Kapitalbeteiligung und die damit verbundene Einflussnahme auf die Gesellschaft und deren Betrieb ankommt (vgl dazu Senatsurteil vom 01.02.2011, [L 11 KR 1541/09](#), juris). Die Grenze zwischen einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis mit Entgeltzahlung und einer nicht versicherungspflichtigen Mitarbeit aufgrund einer familienhaften Zusammengehörigkeit ist unter Berücksichtigung der gesamten Umstände des Einzelfalls zu ziehen (BSG, 10.05.2007, [B 7 a AL 8/06](#); BSG, 17.12.2002, [B 7 AL 34/02 R](#), jeweils in juris veröffentlicht). Vorliegend hat der Senat festgestellt, dass die Klägerin überhaupt nicht am Betrieb oder dessen Kapital beteiligt ist. Zwar führt das Fehlen einer (maßgeblichen) Unternehmensbeteiligung nicht zwingend zu einer abhängigen Beschäftigung, jedoch ist in diesen Fällen von einer abhängigen Beschäftigung nur in sehr eng begrenzten Einzelfällen abzugehen. Ein solcher Ausnahmefall

kann zB bei Familienunternehmen vorliegen, wenn die familiäre Verbundenheit der beteiligten Familienmitglieder zwischen ihnen ein Gefühl erhöhter Verantwortung schafft, die zB dadurch zum Ausdruck kommt, dass die Höhe der Bezüge von der Ertragslage des Unternehmens abhängig gemacht wird oder wenn es aufgrund der familienhaften Rücksichtnahme an der Ausübung eines Direktionsrechts völlig mangelt (vgl Senatsurteil aaO). 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, 08.12.1987, 7 R AR 85/86, 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 (Senatsurteil aaO). Vorliegend ist die Klägerin weder am Betriebskapital beteiligt, noch hat sie aufgrund ihrer Bezüge - ihr wird ein Festgehalt bezahlt - Anteil an der Ertragslage des Unternehmens (dazu s u).

Ob das Verhalten der Klägerin und des Beigeladenen Ziff 1 den Schluss auf das Vorliegen einer konkludent vereinbarten Ehegatten-Innengesellschaft zulässt (zu den Voraussetzungen vgl BGH BGH, 30.06.1999, [XII ZR 230/96](#), [BGHZ 142, 137](#) = juris), kann dahingestellt bleiben. Dieses Rechtsinstitut ist bei Ehegatten, die, wie vorliegend, im gesetzlichen Güterstand leben und bei denen im Falle einer Scheidung der gebotene Vermögensausgleich - anders als bei der Gütertrennung - in der Regel bereits über die Vorschriften über den Zugewinnausgleich gesichert ist (vgl insoweit grundlegend BGH, 29.01.1986, [IVb ZR 11/85](#), [FamRZ 1986, 558](#) = juris) nur in seltenen Konstellationen anwendbar. Das Bestehen einer solchen Innengesellschaft steht jedoch der Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen (Senatsurteil vom 23.02.2010, [L 11 KR 2460/09](#), juris). Denn - sofern überhaupt eine solche Gesellschaftsform außerhalb des Familienrechts anerkannt werden könnte - müsste diese sozialversicherungsrechtlich nach denselben Maßstäben beurteilt werden, wie eine sonstige Personengesellschaft, deren besondere Ausgestaltung die Ehegatten-Innengesellschaft darstellt. Insoweit muss festgestellt werden, dass die Klägerin weder am Gewinn und - dies ist entscheidend - auch nicht am Verlust des Unternehmens beteiligt ist noch ist sie aufgrund ihrer Stellung (dazu s o) wie ein Selbständiger zu betrachten.

Die Klägerin war auch nicht als stille Gesellschafterin am Unternehmen beteiligt. Im Übrigen wäre sie als stille Gesellschafterin nicht in der Lage, ihren Bindungen aus dem Anstellungsvertrag zu entgehen (BSG, 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#) = juris). Ein schriftlicher Vertrag zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen Ziff 1, aus dem sich etwas anderes ergeben könnte, wurde nicht geschlossen.

Die Klägerin hat dementsprechend weder alleine noch im Zusammenwirken mit dem Beigeladenen Ziff 1 Einfluss auf den rechtlichen (Fort-)Bestand des Betriebes, dessen Betriebsinhalt und dessen Tätigkeit. Soweit sie Personalverantwortung trägt, hat sie lediglich im Rahmen des vom Betriebsinhaber vorgegebenen Betriebsinhalts bzw Betriebsgegenstandes Personal zu organisieren, mithin ggf Mitarbeiter einzustellen, diese zu entlassen, deren Arbeitsschichten bzw Arbeitsinhalte zuzuweisen usw. Dies ist aber kein alleiniges Qualifikationskriterium einer selbständigen Tätigkeit; vielmehr kann dies auch Aufgabe abhängig beschäftigter Personalverantwortlicher sein (Senatsurteil vom 01.02.2011, [L 11 KR 1541/09](#), juris Rdnr 20). Insoweit steht selbst die Ausübung leitender Tätigkeiten in einem Familienunternehmen der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen (LSG Nordrhein-Westfalen, 16.06.2011, [L 1 KR 145/10](#), juris Rdnr 27). Selbst wer Arbeitgeberfunktionen wahrnimmt, kann als leitender Angestellter bei einem Dritten persönlich abhängig beschäftigt sein (BSG, Urteil vom 06.03.2003 - [B 11 AL 25/02 R](#)). In diesem Sinne ist die gegen Entgelt beschäftigte Klägerin in den Betrieb des Beigeladenen Ziff 1 eingegliedert und persönlich vom Betriebsinhaber abhängig.

Die Klägerin ist auch nicht am wirtschaftlichen Gedeihen des Betriebes beteiligt; sie trägt weder ein wirtschaftliches Risiko noch profitiert sie unmittelbar vom Gewinn des Unternehmens. Maßgebendes Kriterium für ein solches unternehmerisches 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). Die Klägerin ist - wie bereits dargelegt - nicht rechtsförmlich am Unternehmen ihres Ehemannes beteiligt, dies ist gerade durch die Abrede mit der Verpächterin ausgeschlossen. Eigenes Kapital hat sie nicht eingebracht. Auch das der Klägerin gezahlte Festgehalt ist nicht mit umsatzabhängigen Bestandteilen ausgestattet; sonstige gewinn- bzw verlustorientierte Zusatzleistungen wurden der Klägerin weder in Aussicht gestellt noch zu irgend einem Zeitpunkt gezahlt. Alleine, dass sie über die persönlichen Entnahmen ihres Mannes bzw die auf seinen Namen und mit dessen Zustimmung für ihn getätigten Entnahmen aus dem Betriebsumsatz im Rahmen einer gemeinsamen ehelichen Haushaltsführung profitiert, stellt keine sozialversicherungsrechtlich relevante Beteiligung am Gewinn bzw Verlust eines Unternehmens dar. Denn jeder Ehegatte, Lebenspartner oder Mitbewohner eines gemeinsam wirtschaftenden Haushaltes profitiert von den Einnahmen seines anderen Ehegatten, Lebenspartners oder seiner Mitbewohner unabhängig von deren sozialversicherungsrechtlichen Stellung. Auch soweit das vom Beigeladenen Ziff 1 aus dem Betrieb entnommene "Gehalt" - anders als das der Klägerin gezahlte Gehalt - auf ein Konto fließt, auf das nicht nur der Kontoinhaber, sondern auch die Klägerin Zugriff hat und über das die Ehegatten ihren Lebensstandard bedienen, führt dies nicht zu einer unmittelbaren Beteiligung der Klägerin am unternehmerischen Erfolg bzw Risiko.

Die Klägerin trägt auch nicht deswegen ein unternehmerisches Risiko, weil sie mit dem Beigeladenen Ziff 1 im Güterstand der Zugewinnsgemeinschaft lebt. Zwar beeinflusst das wirtschaftliche Wohlergehen jedes Ehegatten die Aussicht auf Zugewinn, doch ist der Umfang des bei einer Beendigung des gesetzlichen Güterstandes auszugleichenden Zugewinns kein Ausfluss einer gemeinsam getragenen unternehmerischen Risikoverteilung, sondern letztlich nichts anderes als eine Frage des allgemeinen Lebensrisikos infolge einer entsprechenden Partnerwahl.

Ein unternehmerisches Risiko trägt die Klägerin auch nicht deshalb, weil sie - wie viele andere Ehegatten selbständig Tätiger auch - eine Mithaftung für die dem Beigeladenen Ziff 1 im Hinblick auf dessen Betriebsgründung gewährte Darlehen übernommen hat. Insoweit ist nicht von Bedeutung, ob die Klägerin dort als Darlehensnehmerin, der Schuld beigetretene oder hierfür haftende Dritte oder Sicherungsgeberin (zB Bürgin oder Schuldner einer Grundschuld) auftritt; nur am Rande sei erwähnt, dass ausweislich der vorliegenden Verträge die Klägerin dort nicht als Darlehensnehmerin geführt ist; sie ist lediglich persönlich mithaftende Person, Bürgin bzw Schuldnerin von Grundschulden und damit eine zusätzliche Sicherungsgeberin ohne eigenen Anspruch auf die Darlehensleistungen. Durch die Übernahme einer Bürgschaft, anderer Sicherungsmittel oder einer "persönlichen Mithaftung" hat die Klägerin keine Befugnisse erhalten, aufgrund derer sie die Geschicke des Betriebes beeinflussen könnte. Hieraus entsteht kein Betriebsrisiko, denn die Tragung dieser Risiken findet ihre Rechtfertigung in den zugrundeliegenden ehelichen Beziehungen (Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 338/09](#), juris Rdnr 44; Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 175/09](#), juris Rdnr 46; Hessisches LSG; 27.10.2011, [L 8 KR 335/09](#), juris Rdnr 38). Eheleute haben in der Regel ein gesteigertes

beiderseitiges Interesse am wirtschaftlichen Erfolg des Unternehmens eines der Ehegatten (aaO). Denn selbstschuldnerische Bürgschaften, die Übernahme einer Mithaftung oder auch die Stellung von Sicherheiten wird von Kreditinstituten üblicherweise bei der Kreditgewährung an verheiratete Schuldner verlangt, unabhängig von der Frage, ob der Ehegatte selbständig, abhängig beschäftigt oder überhaupt nicht im Unternehmen tätig sind (vgl dazu aaO).

Selbst wenn die Klägerin - was nicht der Fall ist - dem Betrieb eigenes Geld zur Verfügung gestellt und damit selbst ein Darlehen gegeben hätte, würde dies nicht bedeuten, dass sie deshalb am unternehmerischen Risiko beteiligt wäre. Dass ein Familienangehöriger, der naturgemäß am wirtschaftlichen Bestand des Unternehmens stark interessiert ist und sich ggf in besonderem Maße finanziell für das Unternehmen des Familienangehörigen engagiert, bedeutet nach der Rechtsprechung nicht, dass eine Arbeitnehmereigenschaft entfällt (LSG Nordrhein-Westfalen, 16.06.2011, [L 1 KR 145/10](#), juris Rdnr 33; Bayerisches LSG, 07.07.2009, [L 5 KR 184/08](#), juris; SG Neuruppin, 06.10.2010, [S 25 KR 73/06](#), juris). Wenn eine selbständige Stellung der Klägerin gewesen gewollt wäre, läge eine Beteiligung am Anlage- oder Umlaufvermögen des Unternehmens nahe; eine solche Beteiligung besteht nicht und wäre auch wegen der Abrede mit der Verpächterin ausgeschlossen. Die rechtliche Position der Klägerin gliche daher eher der einer externen Geldgeberin, die keinen weiteren Einfluss auf die Firmengeschicke nehmen kann (ebenso LSG Nordrhein-Westfalen aaO Rdnr 33; Schleswig-Holsteinisches LSG, 01.07.2010, [L 5 KR 50/09](#), juris).

Die Klägerin ist auch gegen Entgelt beschäftigt; sie erhält ein Festgehalt, das unabhängig von der geleisteten Zahl der Arbeitsstunden gezahlt wird. Dieses Gehalt wird als Betriebsausgaben steuerlich geltend gemacht. Lohnsteuer wird entrichtet, ebenso wie Sozialversicherungsbeiträge. Auch wenn dieses Gehalt - auf einen Stundenlohn umgerechnet - gering ausfallen mag, so sagt die Höhe eines ohne Gewinnbeteiligung gezahlten Festgehalts grds nichts über die Qualifizierung der zugrunde liegenden Tätigkeit als abhängige Beschäftigung oder selbständige Tätigkeit aus. Insbesondere ist dabei zu berücksichtigen, dass sämtliche Mitarbeiter des Unternehmens keine (wesentlich) höheren Gehälter beziehen. Das der Klägerin monatlich gezahlte Gehalt ist auch nicht geeignet, als bloßes Taschengeld für nicht geschuldete familiäre Hilfsdienste betrachtet zu werden.

Dass eine Urlaubsregelung und eine Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall nicht ausdrücklich vereinbart wurde, steht der Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht entgegen.

Diesem Gesichtspunkt kommt bei einer Beurteilung der Mitarbeit eines Ehegatten im Betrieb des anderen Ehegatten nur eine untergeordnete Bedeutung zu. Entscheidend ist in diesen Fällen die Frage, wer das unternehmerische Risiko trägt. Bei einem Einzelunternehmen verlangt der Senat für die Annahme einer Mitunternehmerschaft, dass der Ehegatte, der nicht Inhaber der Firma ist, dass er auch - und zwar unmittelbar und nicht nur indirekt über das Familieneinkommen - am Verlust des Unternehmens beteiligt ist (Senatsurteil vom 13.12.2011, [L 11 KR 6059/09](#), beim Inhaber eines Getränkehandels; vom 15.04.2011, L 11 KR 3922/10, juris, sowie - zur stillen Beteiligung an einer KG - vom 20.07.2010, [L 11 KR 3910/09](#), juris). Daran fehlt es hier.

Zusammenfassend stellt der Senat fest, dass bei einer Gesamtschau aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung bzw selbständige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkte die Anhaltspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, bei Weitem überwiegen. Insbesondere übt die Klägerin gegen Entgelt eine Tätigkeit nach Weisungen und unter Eingliederung in die Arbeitsorganisation und Unterordnung unter das Weisungsrecht des Betriebsinhabers, des Beigeladenen Ziff 1 aus und ist insoweit vom Arbeitgeber persönlich abhängig. Auch konnte der Senat unter Abwägung der Gesichtspunkte eine versicherungsfreie bloß familienhafte Mithilfe nicht feststellen. Die Beklagte hat daher zu Recht Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten, sozialen Pflege- und Arbeitslosenversicherung festgestellt.

Auch ist der Senat der Auffassung (so auch Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 338/09](#), juris Rdnr 45; Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 175/09](#), juris Rdnr 54; Hessisches LSG, 27.10.2011, [L 8 KR 335/09](#), juris Rdnr 46; LSG Nordrhein-Westfalen, 10.06.2010, L 5 KR 174/09, juris; Bayrisches LSG, 11.12.2008, [L 4 KR 97/08](#) und [L 4 KR 55/07](#), jeweils juris), dass nur in extremen Fällen rückwirkend in ein jahrelang von den Beteiligten gewolltes und gelebtes Sozialversicherungsverhältnis eingegriffen werden und dieses rückabgewickelt werden kann. Dass die Klägerin nunmehr vorträgt, in Folge der Auskunft des damaligen Steuerberaters nicht gewusst zu haben, dass es auch andere Möglichkeiten einer legalen Tätigkeit gegeben hätte, ändert daran nichts, sondern zeigt vielmehr, dass gerade der zutreffende Rat des Steuerberaters befolgt werden sollte und die Klägerin als abhängig Beschäftigte geführt werden wollte. Soweit die Klägerin vorträgt, ihr sei die Abweichung zwischen sozialversicherungsrechtlicher Bewertung als abhängig Beschäftigter und tatsächlicher Durchführung der Tätigkeit erst später aufgefallen, begründet auch dies eine nachträgliche Korrektur der sozialversicherungsrechtlichen Beurteilung nicht. Denn der Senat konnte sich davon überzeugen, dass eine solche Divergenz nicht besteht, die Klägerin in der konkreten Ausgestaltung ihrer Tätigkeit vielmehr dem Bild einer abhängig Beschäftigten, dem Firmeninhaber ehelich verbundenen und daher freier geführten aber persönlich abhängigen Mitarbeiterin entspricht.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Dabei hat der Senat insbesondere berücksichtigt, dass die Klägerin in beiden Instanzen ohne Erfolg geblieben ist und die Beigeladenen in beiden Instanzen keine Anträge gestellt hatten.

Die Revision wird nicht zugelassen, da Gründe für die Zulassung nicht vorliegen ([§ 160 Nr. 1 und 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-01-31