

L 1 KR 66/12

Land
Hamburg
Sozialgericht
LSG Hamburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Hamburg (HAM)
Aktenzeichen
S 49 KR 224/11
Datum
20.04.2012
2. Instanz
LSG Hamburg
Aktenzeichen
L 1 KR 66/12
Datum
01.08.2013
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung wird zurückgewiesen. Die Beteiligten haben einander auch für das Berufungsverfahren keine Kosten zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten noch über die Sozialversicherungspflicht der Klägerin im Zeitraum vom 1. April 1985 bis zum 31. Oktober 2010.

Die Firma "B. Delikatessen aus dem Meer" ist ein inhabergeführter Gewerbebetrieb, in dem mit Fisch- und Feinkost gehandelt wird. Das Unternehmen wurde von der Familie B. gegründet und vier Generationen lang von ihr geführt. Die Klägerin nahm dort zum 1. September 1983 aufgrund eines undatierten Anstellungsvertrags eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung als Verkäuferin auf. Einziger Betriebsinhaber war seinerzeit ihr inzwischen verstorbener Schwiegervater. Ihr Ehemann, der Beigeladene zu 3, war ebenfalls im Betrieb tätig. 1985 verstarb der Schwiegervater. Alleinerbin war seine Frau, die Schwiegermutter der Klägerin, die mit dem Erbfall Alleineigentümerin der Betriebsräume wurde. Alleiniger Betriebsinhaber wurde der Beigeladene zu 3, der sein Gewerbe am 19. März 1985 anmeldete (Einzelhandel mit Fischwaren). Die Betriebsräume mietete er von seiner Mutter an, die in der Folgezeit zeitweise im Betrieb beschäftigt war.

Unter der Betriebsinhaberschaft des Beigeladenen zu 3 war die Klägerin weiterhin im Betrieb tätig, die sozialversicherungsrechtliche Qualifikation dieser Tätigkeit ist Gegenstand dieses Rechtsstreits. Ein schriftlicher Vertrag wurde zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3 zunächst nicht geschlossen. Die Klägerin erhielt durchgängig ein monatliches Entgelt von zuletzt 2.011 EUR brutto, das als Betriebsausgabe verbucht wurde. Das Entgelt wurde der Klägerin unverändert während ihres Jahresurlaubs und in Zeiten krankheitsbedingter Arbeitsunfähigkeit ausgezahlt. Es wurde auf ein Girokonto des Beigeladenen zu 3 überwiesen. Die Klägerin war und ist für dieses Konto, das als Familienkonto genutzt wird, uneingeschränkt Verfügungsberechtigt und unterhält kein eigenes Girokonto. Ein zweites Girokonto des Beigeladenen zu 3 diente als Geschäftskonto, auch hierüber konnte die Klägerin uneingeschränkt verfügen. Die Klägerin wurde durchgehend zusammen mit dem Beigeladenen zu 3 zur Einkommensteuer veranlagt, wobei das von ihr bezogene Entgelt bei den Einkünften aus nichtselbstständiger Tätigkeit berücksichtigt wurde. Die Klägerin blieb im streitbefangenen Zeitraum mit einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit als Verkäuferin bei der Beklagten, bei der sie krankenversichert war und bis heute ist, gemeldet. Für sie wurden durchgehend und ohne Protest über 24 Jahre lang Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung, zur Rentenversicherung sowie zur Arbeitslosenversicherung abgeführt. Vom 7. September bis zum 18. Oktober 2009 bezog die Klägerin Krankengeld von der Beklagten.

Am 7. Dezember 2009 beantragte die bereits zu diesem Zeitpunkt durch ihre Bevollmächtigten vertretene Klägerin bei der Beklagten die Feststellung, dass ihre Tätigkeit seit dem 1. April 1985 keine abhängige Beschäftigung darstelle und somit nicht der Sozialversicherungspflicht unterliegen; die zu Unrecht entrichteten Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung seien ihr zu erstatten. Die Klägerin füllte einen Feststellungsbogen aus, auf den nebst aller vorgelegten Unterlagen Bezug genommen wird, und brachte vor, nach dem Tod ihres Schwiegervaters habe sie sich die anfallenden Arbeiten mit dem Beigeladenen zu 3 gleichberechtigt aufgeteilt. Während dieser sich um Ein- und Verkauf des Frischfisches kümmere, sei sie allein verantwortlich für die Bereiche Spezialitäten und deren Herstellung, Partyservice, Kochen beim Kunden. Nur sie halte die Kontakte zu Banken und zum Steuerberater und mache die Dienstplanung. Dabei teile sie auch den Beigeladenen zu 3 ein. Darüber hinaus würden sie sich wechselseitig keine Weisungen erteilen. Sie verrichte ihre Arbeit nach eigener Entscheidung im Betrieb oder Zuhause. Insgesamt bringe sie sich 50 bis 60 Stunden pro Woche in den Betrieb ein. Das ausgezahlte Entgelt sei insofern an den Erfolg des Unternehmens gebunden, als sie mehr Geld als die angestellte Verkäuferin erhalte, die 1.400 EUR brutto beziehe. Ihr unternehmerisches Risiko sei ebenso groß wie dasjenige des Beigeladenen zu 3, was sich schon daran zeige,

dass ihr Entgelt auf ein Konto überwiesen werde, das im Zweifel auch für Unternehmensverbindlichkeiten hafte. Der mit dem Schwiegervater geschlossene Arbeitsvertrag entfalte keine Wirkung mehr, insbesondere habe kein Betriebsübergang auf den Beigeladenen zu 3 stattgefunden. Der Betrieb sei auch nicht verkauft worden. Vielmehr sei innerhalb der Familie bestimmt worden, dass das Unternehmen von dem Beigeladenen zu 3 und ihr weitergeführt werden solle. Sie hätten sich dann die beschriebene Organisation selbst gegeben und insbesondere nicht die bisherige Struktur des Schwiegervaters übernommen.

Die von der Beklagten beteiligte Beigeladene zu 1 führte am 12. Mai 2010 eine Betriebsprüfung im Betrieb des Beigeladenen zu 3 durch. Sie gelangte dabei zu der Feststellung, die Klägerin sei abhängig beschäftigt und unterliege der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung, was sie der Beklagten mit Schreiben vom 29. September 2010 mitteilte. Diese stellte mit Bescheid vom 30. September 2010 fest, dass die Tätigkeit der Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde.

Zur Begründung ihres Widerspruchs brachte die Klägerin unter anderem vor, auch wenn formaler Betriebsinhaber allein der Beigeladene zu 1 sei, bilde er doch gemeinsam mit ihr eine Innen-GbR. Der Betrieb werde gemeinsam und intern gleichberechtigt geführt, um so die Lebensgrundlage für die Familie zu erwirtschaften. Ein Angestellter sei weder 60 Wochenstunden tätig noch lasse er sich sein Gehalt auf ein Konto des Arbeitgebers zahlen. Im Rahmen der Betriebsprüfung habe die Beigeladene zu 1 schon deswegen keine Indizien für eine selbständige Tätigkeit finden können, weil sie sich bekanntermaßen auf Stichproben beschränke.

Am 29. Oktober 2010 schlossen der Beigeladene zu 3 und die Klägerin einen schriftlichen Vertrag, wonach die Klägerin ab dem 1. November 2010 als Geschäftsführerin des Unternehmens tätig sei. Mit bestandskräftigem Bescheid vom 9. Dezember 2010 stellte die Beigeladene zu 1 im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens fest, dass die Klägerin die Tätigkeit als Geschäftsführerin im Rahmen einer selbstständigen Tätigkeit ausübe.

Mit Widerspruchsbescheid vom 2. Februar 2011 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Indizien für eine abhängige Beschäftigung seien, dass der Klägerin durchgehend eine feste Vergütung gezahlt worden sei und ein Anspruch auf Gehaltsfortzahlung im Krankheitsfall bestanden habe; sie unterliege der Lohnsteuerpflicht; das Gehalt werde als Betriebsausgabe verbucht und die Klägerin könne darüber frei verfügen. Es könne auch nicht unberücksichtigt bleiben, dass die Beteiligten bislang von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen seien und die Gesamtsozialversicherungsbeiträge stets ohne Widerspruch entrichtet worden seien. Es erscheine nicht schlüssig, wenn nunmehr behauptet werde, die Klägerin habe in Wahrheit bereits seit der Betriebsübernahme durch den Beigeladenen zu 3 das Unternehmen wie eine Selbstständige geleitet. Es sei vielmehr davon auszugehen, dass der Beigeladene zu 3 als Alleininhaber das Sagen habe. Dass die Klägerin möglicherweise keine konkreten Einzelanweisungen erhalten und an keine bestimmten Arbeitszeiten gebunden sei, rechtfertige keine abweichende Beurteilung, denn die eigenverantwortliche Ausübung der Tätigkeit sei in Familienbetrieben üblich. Allein das gleichberechtigte Nebeneinander reiche aber nicht aus, um die Klägerin neben ihrem Ehemann als "Kopf und Seele" des Betriebs anzusehen, da ihr dieser eben nicht gehöre. Selbst wenn man ungeachtet der ungleichen Eigentumsverhältnisse am Betriebsvermögen von einer Innengesellschaft ausgehen wollte, sei damit eine abhängige Beschäftigung nicht automatisch ausgeschlossen. Es könne jedenfalls nicht davon ausgegangen werden, dass der Familienunterhalt aus den gemeinsam erwirtschafteten Erträgen bestritten werde, insbesondere weil der Klägerin ein regelmäßiges Arbeitsentgelt gezahlt werde.

Die Klägerin hat am 2. März 2011 Klage vor dem Sozialgericht Hamburg erhoben. Dieses hat nach Beiziehung der Verwaltungsakte und informatorischer Befragung der Klägerin mit Urteil vom 20. April 2012 den Bescheid vom 30. September 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 2. Februar 2011 aufgehoben, soweit die darin getroffene Feststellung den Zeitraum nach dem 31. Oktober 2007 betrifft. Im Übrigen hat es die Klage abgewiesen. Die Klägerin sei lediglich seit dem 1. November 2010 als selbstständig anzusehen. Für den Zeitraum davor sei hingegen von einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis auszugehen. Zu den klassischen Elementen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses gehöre ihre feste und gleich bleibende Vergütung, die auch nicht unterhalb der Hälfte dessen liegen, was tarifvertraglich oder ortsüblich gezahlt werde; die Fortzahlung des Arbeitsentgelts im Krankheitsfalle sowie die Verbuchung ihres Entgelts als Betriebsausgabe. Dass ihr Entgelt steuerrechtlich als Einnahmen aus nicht-selbstständiger Tätigkeit erfasst worden sei, habe eine starke Indizwirkung im Sinne eines Regel-Ausnahme-Verhältnisses. Die Klägerin habe vor allem kein nennenswertes Unternehmerrisiko getragen. Sie habe mit Ausnahme einer Varoma-Küchenmaschine, deren Wert gegenüber dem sonstigen Betriebsvermögen zu vernachlässigen sei, keine eigenen Betriebsmittel aufgewandt, sondern lediglich ihre Arbeitskraft in das Unternehmen eingebracht. Inhaberin des Betriebsvermögens sei ihre Schwiegermutter gewesen. Selbst aus einer Innen-GbR mit dem Beigeladenen zu 3 würde keine Selbstständigkeit der Klägerin rühren. Bei Ausfall der Klägerin hätte an ihrer Stelle eine fremde Arbeitskraft angestellt werden müssen. Denn es sei nicht davon auszugehen, dass die von ihr wahrgenommenen Aufgaben allein vom Beigeladenen zu 3 zu bewältigen gewesen seien. Die Klägerin habe auch kein Gewerbe angemeldet. Bis zur Antragstellung im Jahr 2003 sei sie im Übrigen selbst von einer sozialversicherungspflichtigen Tätigkeit ausgegangen. Anders sei es nicht zu erklären, dass für sie eine entsprechende Meldung bei der Beklagten erfolgt und ihre Einkünfte steuerrechtlich als aus nichtselbstständiger Arbeit veranlagt worden seien. Es sei nicht anzunehmen, dass der Klägerin der Unterschied zwischen einer selbstständigen und einer nicht selbstständigen Tätigkeit über einen so langen Zeitraum nicht bewusst gewesen sei, zumal es gerade ihre Aufgabe gewesen sei, sich um die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Angelegenheiten zu kümmern. Dass die Klägerin keinen festen Arbeitsort in den Betriebsräumen gehabt habe, spreche nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Denn eine Arbeit in den Privaträumen sei im Rahmen der flexiblen Gestaltungsmöglichkeiten des heutigen Arbeitslebens auch für die abhängige Beschäftigung nicht ungewöhnlich. Der Zeitaufwand der Klägerin sei sicherlich arbeitnehmer-untypisch. Das sei jedoch nur ein schwaches Indiz für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit, dem bei der notwendigen Gesamtschau kein überwiegendes Gewicht beizumessen sei. Auch der Umstand, dass sie keiner Anwesenheits- oder Zeitkontrolle unterliege, reiche nicht für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit aus. Auch unter abhängig Beschäftigten seien flexible Modelle dieser Art nicht unüblich. Die behauptete Weisungsfreiheit der Klägerin habe hier geringen Stellenwert, da dies im Rahmen einer dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess unter Ehegatten die Regel sein dürfte. Dass das Arbeitsentgelt auf ein gemeinsames Konto der Klägerin und des Beigeladenen zu 3 überwiesen worden sei, könne für sich genommen ebenso wenig eine selbstständige Tätigkeit begründen, da die Klägerin über dieses Konto habe verfügen können. Im Übrigen könnten sich Ehegatten durch schlichte Umleitung eines Gehalts auf das Konto des Ehepartners nicht ohne weiteres die Annahme eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses entziehen. Schließlich sei es nicht angezeigt, rückwirkend in ein Versicherungsverhältnis einzugreifen, was jahrelang mit Billigung aller Beteiligten zutreffend bestanden habe.

Das Urteil ist der Klägerin am 21. Mai 2012 zugestellt worden. Am 20. Juni 2012 hat sie dagegen Berufung eingelegt. Sie trägt vor, für sie habe ein ebenso großes Unternehmerrisiko bestanden wie für den Beigeladenen zu 3 und hebt hervor, das Entgelt sei auf ein Konto

überwiesen worden, mit dem man im Zweifel für Betriebsverbindlichkeiten haften müssen. Es liege in der Natur des Betriebs, dass das Unternehmerrisiko sich darauf beschränke, das eigene Einkommen nicht mehr erwirtschaften zu können, denn den Unternehmensgegenstand – Fisch und Meeresfrüchte – habe man stets aus den Einnahmen des Vortages erworben. Überdies habe sie einmal gemeinsam mit dem Beigeladenen zu 3 etwa 200.000 D-Mark in den Betrieb investiert. Insbesondere wegen der zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 3 bestehenden Innen-GbR habe weder ein Über- und Unterordnungsverhältnis noch eine Weisungsabhängigkeit bestanden. Die Klägerin bezieht sich auf Entscheidungen des Landessozialgerichts Celle-Bremen vom 26.9.2012 ([L 4 KR 125/09](#)) und vom 27.9.2009 ([L 1 KR 222/07](#)). Das Sozialgericht habe verkannt, dass die Vereinbarung zwischen der Klägerin und ihrem Schwiegervater nach dessen Tod keine Fortsetzung gefunden habe; durch den Geschäftsführervertrag vom 29. Oktober 2010 habe man nur festgehalten, was bereits zuvor tägliche Praxis sein. Unzutreffend habe das Sozialgericht zudem die Schwiegermutter der Klägerin als Betriebsinhaberin angesehen; diese habe lediglich die Betriebsräume vermietet.

Die Klägerin beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Hamburg vom 20. April 2012 teilweise aufzuheben und unter Aufhebung des Bescheids vom 30. September 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Februar 2011 festzustellen, dass die Klägerin in Zeitraum vom 1. April 1985 bis zum 31. Oktober 2010 in keinem Zweig der Sozialversicherung aufgrund abhängiger Beschäftigung versicherungspflichtig war.

Der Beklagtenvertreter beantragt, die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die Entscheidung des Sozialgerichts im Ergebnis wie in der Begründung für zutreffend. Sie hebt hervor, allein das Fehlen eines schriftlichen Arbeitsvertrags spreche nicht gegen ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Das gelte umso mehr, als für den Abschluss eines unbefristeten Dienstvertrages kein Schriftformerfordernis bestehe. Unbestritten sei die Klägerin vor dem 1. November 2010 weder Inhaberin des Betriebs noch Geschäftsführerin gewesen. Hieraus resultierte ihre Weisungsgebundenheit, selbst wenn diese – wie in Familien üblich – zurückhaltend oder gar nicht ausgeübt worden sei. Denn entscheidend sei die der Klägerin zustehende Rechtsmacht, die sie aber gerade nicht zur Führung des Unternehmens ermächtigt habe. Wie das Sozialgericht zutreffend ausgeführt habe, spreche auch der Grundsatz der Versicherungskontinuität dagegen, in das jahrelang mit Billigung aller Beteiligten bestehende Versicherungsverhältnis einzugreifen.

Die Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht zur Sache geäußert und keine Anträge gestellt.

Zum 31. Dezember 2012 haben sich die Klägerin und der Beigeladene zu 3 aus dem Unternehmen zurückgezogen; der Betrieb ist vom jetzigen Inhaber erworben worden.

Die Beteiligten haben sich jeweils mit einer Entscheidung des Rechtsstreits allein durch die Berichterstatterin als Einzelrichter einverstanden erklärt. In der mündlichen Verhandlung ist die Klägerin erneut informatorisch befragt worden, auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen.

Zur Ergänzung des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Prozessakte und der Akte der Beklagten verwiesen.

Entscheidungsgründe:

I. Es konnte in der gegebenen Besetzung verhandelt und entschieden werden, nachdem sämtliche Beteiligte sich mit einer Entscheidung durch die Berichterstatterin gemäß [§§ 155 Abs. 3](#) und 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) einverstanden erklärt hatten.

II. Die Berufung ist statthaft ([§§ 143, 144](#) Sozialgerichtsgesetz – SGG) und auch im Übrigen zulässig, insbesondere form- und fristgerecht ([§ 151 SGG](#)) erhoben worden. Sie bleibt in der Sache ohne Erfolg. Soweit sein Urteil vom 20. April 2012 mit der Berufung zur rechtlichen Überprüfung gestellt worden ist, hat das Sozialgericht die als Anfechtungs- und Feststellungsklage zulässige Klage zu Recht als unbegründet abgewiesen. Der Bescheid vom 30. September 2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 2. Februar 2011 ist bezogen auf den Zeitraum vom 1. April 1985 bis zum 31. Oktober 2010 rechtmäßig, so dass die Klägerin durch ihn insoweit nicht im Sinne des [§ 54 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) beschwert ist. 1. Der Bescheid ist formal rechtmäßig. Insbesondere war die Beklagte für die Feststellung der Versicherungspflicht zuständig. Indem sie von der Klägerin am 7. Dezember 2009 um eine sozialversicherungsrechtliche Beurteilung gebeten wurde, machte diese deutlich, dass sie eine Entscheidung über ihre Versicherungspflicht gemäß [§ 28h Abs. 2 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch – Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB VI) – wünschte und nicht etwa die Prüfung ihrer Versicherungspflicht im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Allein aus dem Umstand, dass sie im Verwaltungsverfahren einen Antragsvordruck nutzte, der für das Statusfeststellungsverfahren vorgesehen ist, ergibt sich nichts anderes, zumal die von Anfang an anwaltlich vertretene Klägerin zu keinem Zeitpunkt vorgebracht hat, eine Statusfeststellungsentscheidung durch die Beigeladene zu 1 zu begehren (vgl. zu einer ähnlichen Konstellation BSG 28.9.2011 – [B 12 KR 15/10 R](#) – Juris). Die Beklagte war zur Entscheidung im demnach eingeleiteten Einzugstellenverfahren befugt. Sie war insbesondere nicht verpflichtet, gemäß [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB V](#) eine Entscheidung der Beigeladenen zu 1 herbeizuführen. Ein Fall des obligatorischen Statusfeststellungsverfahrens lag nicht vor.

2. Der Bescheid ist, soweit er mit der Berufung angegriffen worden ist, auch materiell rechtmäßig. Die Klägerin war im streitbefangenen Zeitraum versicherungspflichtig in allen Zweigen der Sozialversicherung.

a. Zwischen dem 1. April 1985 und dem 31. Oktober 2010 unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Arbeitslosen-, Kranken und Rentenversicherung. Das ergibt sich für die gesetzliche Arbeitslosenversicherung aus [§ 24 Abs. 1](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch – Arbeitsförderung – in der Fassung des Arbeitsförderungs-Reformgesetzes – AFRG – vom 24. März 1997 ([BGBl. I, S. 594](#)) bzw. bis zum 31. Dezember 1997 aus [§ 168 Abs. 1 Satz 1](#) Arbeitsförderungsgesetz; für die gesetzliche Krankenversicherung aus [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Fünftes Buch – Gesetzliche Krankenversicherung – in der Fassung des Gesundheits-Reformgesetzes – GRG – vom 20. Dezember 1988 ([BGBl. I, S. 2477](#)) bzw. bis zum 31. Dezember 1988 aus [§ 165 Abs. 1 Nr. 1](#) und 2, Abs. 2 Satz 1 Reichsversicherungsordnung (RVO) und für die gesetzliche Rentenversicherung aus [§ 1 Satz 1 Nr. 1 Halbsatz 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch – Gesetzliche Rentenversicherung – (SGB VI) in der Fassung der Neubekanntmachung vom 19. Februar 2002 ([BGBl. I, S. 754](#)) bzw. bis zum 31. Dezember 2001 in der Fassung des AFRG vom 24. März 1997

bzw. bis zum 31. Dezember 1997 aus [§ 1 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) in der Fassung des Rentenreformgesetzes 1992 vom 18. Dezember 1989 bzw. bis zum 31. Dezember 1991 aus § 1227 Abs. 1 Satz 1 Nr. 1 RVO. Ab dem 1. Januar 1995 unterlagen die versicherungspflichtigen Mitglieder in der gesetzlichen Krankenversicherung zudem der Versicherungspflicht in der sozialen Pflegeversicherung, vgl. [§ 20 Abs. 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch - Soziale Pflegeversicherung](#) - in der Fassung des Pflegeversicherungs-Gesetzes vom 26. Mai 1994 ([BGBl. I, S. 1014](#)).

b. Der Maßstab für die Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses ergibt sich für den streitbefangenen Zeitraum aus [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) in der Fassung der Neubekanntmachung vom 12. November 2009 ([BGBl. I, S. 3710](#)) bzw. bis zum 31. August 2009 in der Fassung der Neubekanntmachung vom 23. Januar 2006 bzw. bis zum 31. Dezember 2005 in der Fassung des Gesetzes zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. November 1999 bzw. bis zum 31. Dezember 1998 aus [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) in der Fassung des Gesetzes vom 23. Dezember 1976. Nach deren inhaltlich gleichlautenden Regelungen ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Das setzt 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 Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. zu diesem Maßstab aus jüngerer Zeit etwa BSG 29.8.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - Juris - m.w.N., st. Rspr.). c. Die dargestellten Grundsätze sind auch im vorliegenden Fall anzuwenden, denn die Klägerin war nicht in ihrem eigenen, sondern in einem fremden Betrieb tätig. Ihre Verbundenheit mit dem Betrieb, die sie nicht zuletzt in ihrer informatorischen Befragung hat lebendig werden lassen, blieb ohne formale Entscheidung; alleiniger Betriebsinhaber war durchgehend der Beigeladene zu 3.

d. Ausgangspunkt der Prüfung ist das Vertragsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3. Ein schriftlicher Vertrag wurde zwischen ihnen zunächst nicht geschlossen. Der Beigeladene zu 3 war auch nicht kraft Gesetz in den noch von seinem Vater mit der Klägerin abgeschlossenen Arbeitsvertrag eingetreten. Insbesondere ergibt sich dies nicht aus [§ 613a Abs. 1 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch, denn zu einem rechtsgeschäftlichem Betriebsübergang auf den Beigeladenen zu 1 war es nicht gekommen. Es spricht allerdings viel dafür, dass die Klägerin und der Beigeladene zu 3 die Fortgeltung dieses Arbeitsvertrags im Rahmen ihrer Privatautonomie konkludent vereinbarten. Gewichtiges Indiz hierfür ist, dass die sozial- und steuerrechtliche Behandlung des Entgelts der Klägerin mit Billigung aller Betroffenen über März 1985 hinaus und für mehr als 24 Jahre unverändert blieb. Letztlich kann das aber dahin stehen, so dass insoweit auch keine weiteren Ermittlungen erforderlich sind. Denn selbst wenn es nach der Gewerbeanmeldung des Beigeladenen zu 3 zu einer neuen, ebenfalls konkludenten Abrede zwischen ihm und der Klägerin gekommen sein sollte, hätte diese bei der anzustellenden Gesamtbetrachtung ein Arbeitsverhältnis zum Gegenstand gehabt.

aa. Wie das Sozialgericht mit zutreffender und ausführlicher Begründung, auf die uneingeschränkt Bezug genommen wird, entschieden hat, überwogen im streitbefangenen Zeitraum deutlich die Indizien für eine abhängige Beschäftigung. Dass das Sozialgericht nicht den Beigeladenen zu 3, sondern dessen Mutter als Inhaberin des Betriebsvermögens angesehen hat, bleibt ohne Auswirkung auf die insgesamt zutreffende Würdigung der Tätigkeit der Klägerin als Beschäftigungsverhältnis. Es wird daher insoweit gemäß [§ 153 Abs. 2 SGG](#) von einer weiteren Darstellung der Entscheidungsgründe abgesehen.

bb. Mit Blick auf das Vorbringen im Berufungsverfahren sei lediglich hervorgehoben, dass die Klägerin kein unternehmerisches Risiko trug. Als mitbeschäftigte Ehefrau des Alleininhabers fühlte sie sich dem Betrieb nachvollziehbarerweise besonders verbunden. Sie wäre auch von einem schlechten Betriebsergebnis besonders betroffen gewesen, weil der Beigeladene zu 3 dann weniger zum Familieneinkommen hätte beisteuern können. Gerade weil sie und der Beigeladene zu 3 ihr Entgelt und seine Privatentnahmen mischten und damit als Eheleute gemeinsam wirtschafteten, hatte sie naturgemäß ein gesteigertes Interesse daran, dass der Betrieb florierte. Darin liegt aber noch kein Unternehmerrisiko. Dafür hätte der Ertrag ihres Arbeitseinsatzes ungewiss sein müssen. Das war aber nicht der Fall, der Klägerin stand vielmehr als Gegenleistung für ihre Tätigkeit für den Betrieb ein festes Entgelt zu, das ihr unabhängig vom wirtschaftlichen Betriebsergebnis gezahlt wurde. Sie hatte daher wie jeder andere Beschäftigte lediglich das Risiko des Entgeltausfalls in der Insolvenz des Arbeitgebers zu tragen. Ebenso wenig ergibt sich ein unternehmerisches Risiko daraus, dass die Klägerin nach ihrem Vorbringen mit dem Beigeladenen zu 3 aus dem gemeinsamen Privatvermögen einen erheblichen Betrag in den Betrieb investierte, so dass auch insoweit keine weiteren Ermittlungen angezeigt sind. Denn das damit eingegangene wirtschaftliche Wagnis gründet weniger in ihrer betrieblichen Tätigkeit als in ihrer familiären Verbundenheit zum Beigeladenen zu 3. Es spricht nichts dafür, dass die Klägerin eine Nachschusspflicht hatte oder sonst dienstrechtlich zu dieser Investition verpflichtet war. Die Gründe hierfür dürften daher außerhalb ihrer Tätigkeit liegen und Ausdruck ihres familienrechtlichen Güterstands sowie der familiären Abreden mit dem Beigeladenen zu 3 gewesen sein.

Die Klägerin dringt nicht mit ihrem Vorbringen durch, ihr habe das Entgelt nicht zur freien Verfügung gestanden. Dass es auf ein grundsätzlich der Kontenpfändung unterliegendes Konto des Beigeladenen zu 3 überwiesen wurde, war ihre freie Entscheidung. Es gibt keinerlei Anlass zu der Annahme, das Entgelt wäre ihr bei entsprechendem Wunsch nicht auf ein - dann noch einzurichtendes - eigenes Konto überwiesen worden. Zudem konnte sie uneingeschränkt über das Zielkonto und damit auch über das bezogenen Entgelt verfügen.

Die Klägerin unterlag vor allem durchgehend dem Weisungsrecht des Beigeladenen zu 3. Auch wenn dieser davon nach der glaubhaften Schilderung der Klägerin keinen Gebrauch gemacht haben sollte, blieb es doch rechtlich wirksam bestehen. Die bloße Nichtausübung eines Weisungsrechts ist unbeachtlich, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Denn für die Abgrenzung der abhängigen Beschäftigung von der selbstständigen Tätigkeit sind die tatsächlichen Verhältnisse maßgeblich, wozu auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht gehört, unabhängig von ihrer Ausübung. Nur in diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. BSG 29.8.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - Juris - mit einer zusammenfassenden Darstellung der schon bisherigen Rechtsprechung). Der Klägerin war keine Rechtsmacht eingeräumt, die es ihr ermöglicht hätte, gegen den Willen des Beigeladenen zu 3 den Betrieb oder auch nur einen Teilbereich zu führen, während der Beigeladene zu 3 aufgrund seiner Stellung als alleiniger Betriebsinhaber in der Lage war, der Klägerin auch gegen ihren erklärten Willen eine Weisung zu erteilen. Schon nach ihrem eigenen Vorbringen konzentrierte sich eine etwaige alleinige Leitungsmacht der Klägerin auf den Bereich Feinkost. Dem Umstand, dass sie dort möglicherweise keinem

umfassenden Weisungsrecht mehr unterlag, ist keine entscheidende Bedeutung beizumessen, denn ihre Tätigkeit ging gleichwohl in der vom Beigeladenen zu 3 vorgegebenen Ordnung des Betriebs auf (vgl. dazu, dass gerade Dienste höherer Art im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung geleistet werden, wenn sie fremdbestimmt bleiben, grundlegend BSG 3.2.1994 - [12 RK 84/92](#) - Juris; aus jüngerer Zeit etwa BSG 29.8.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - Juris - m.w.N; st. Rspr.). Dass der Beigeladene zu 3 diese Ordnung eng mit ihr abgestimmt hatte, sich auf sie verließ und möglicherweise zu keinem Zeitpunkt von seiner Kontroll- und Letztentscheidungsbefugnis Gebrauch machte, spricht für den partnerschaftlichen Zusammenhalt zwischen den Eheleuten. Gleichwohl ist nicht anzunehmen, dass der Beigeladene zu 3 die aus seiner Alleininhaberstellung resultierende Kontroll- und Letztentscheidungsbefugnis endgültig aufgegeben hatte. Im Übrigen hätte die Klägerin mangels Gewerbeanmeldung den Betrieb weder alleine noch gemeinsam mit dem Beigeladenen zu 3 führen dürfen. Sie hatte daher weder rechtlich noch tatsächlich die Möglichkeit, eine ihr nicht genehme unternehmerische Entscheidung des Beigeladenen zu 3 im Bereich Feinkost oder gar bezogen auf den Gesamtbetrieb abzuwenden. Hierzu hätte sie auch im Rechtssinne Mitinhaberin des Betriebs werden müssen, was von ihr und dem Beigeladenen zu 3 aber nicht in die Wege geleitet und nach ihren glaubhaften Angaben zu keinem Zeitpunkt ernsthaft überlegt worden war. So blieb ihr keine Handhabe dagegen, dass der Beigeladene zu 3 im Konfliktfall den vorher möglicherweise geübten Verzicht auf sein Weisungsrecht jederzeit hätte widerrufen können. Aus dem Umstand, dass beide miteinander verheiratet sind, folgt gerade nichts anderes. Zwar dürfte die familiäre Rücksichtnahme das Weisungsrecht des Beigeladenen zu 3 überlagert haben. Doch im Falle eines familiären Zerwürfnisses wäre die ihm und Klägerin jeweils zustehende oder eben nicht zustehende Rechtsmacht zum Tragen gekommen, so dass jedenfalls dann eine Weisungsunterworfenheit bestanden hätte. Wollte man hingegen nur auf die Situation in "ruhigen Zeiten" und nicht im - hier möglicherweise nie aufgetretenen - Konfliktfall abstellen, würde man für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit eine bloße "Schönwetter-Selbstständigkeit" ausreichen lassen, was mit den Erfordernis der Vorhersehbarkeit sozialversicherungs- und beitragsrechtlicher Tatbestände schwerlich vereinbar wäre (vgl. dazu eingehend BSG 29.8.2012 - [B 12 KR 25/10 R](#) - Juris, m.w.N.).

Aus der Rechtsprechung des Landessozialgerichts Celle-Bremen ergibt sich nichts anders. Nach der jüngsten der veröffentlichten Entscheidung zur Sozialversicherungspflicht kann in seltenen Ausnahmefällen aufgrund besonderer Umstände - wie dem Bestehen einer Familien-GmbH mit besonderer Bindung an die Gesellschafter - das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses selbst bei einem Fremdgeschäftsführer ausgeschlossen sein; hierzu müsse jedoch der Geschäftsführer das Geschäft aufgrund der verwandtschaftlichen Beziehungen nach eigenem Gutdünken führen können, die Ordnung des Betriebes selbst prägen und deshalb faktisch wie ein Alleininhaber "frei schalten und walten können" (LSG Celle-Bremen 5.11.2010 - [L 1 KR 471/09](#) - Juris; teilweise nicht rechtskräftig). Eine solche Konstellation lag hier schon nicht vor. Abgesehen davon, dass die Klägerin im streitbefangenen Zeitraum nicht die formale Position einer Geschäftsführerin inne hatte, hat sie nicht einmal selbst vorgetragen, die Geschäfte wie eine Alleininhaberin nach eigenem Gutdünken geführt zu haben. Im Übrigen ist die genannte Entscheidung des Landessozialgerichts Celle-Bremen hinsichtlich der Versicherungspflicht des dortigen Klägers in der gesetzlichen Rentenversicherung (nur insoweit war sie mit der Revision angegriffen worden) durch die bereits mehrfach angeführte Entscheidung des Bundessozialgericht vom 29. August 2012 ([B 12 R 14/10 R](#)) aufgehoben worden, weil insbesondere die "entscheidungserheblich in den Fokus gerückten familiären Umstände () nicht geeignet (sind), die Annahme von Selbstständigkeit zu rechtfertigen".

Schließlich kann dahin stehen, ob zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 3 eine so genannte Innen-GbR bestand. Denn die Klägerin wäre selbst dann nicht automatisch als selbstständig anzusehen (vgl. BSG 10.5.2007 - [B 7a AL 8/06 R](#) - Juris). Entscheidend bliebe auch dann das Gesamtbild ihrer Tätigkeit, das wie ausgeführt deutlich einer abhängigen Beschäftigung entsprach.

Abschließend sei angemerkt, dass die Klägerin sich widersprüchlich verhält, wenn sie zum Ende ihres aktiven Berufslebens hin eine rückwirkende sozialversicherungsrechtliche Behandlung als Selbstständige begehrt, nachdem sie sich über 24 Jahre als sozialversicherungspflichtig gegeben und alle damit verbundenen Vorteile in Anspruch genommen hat. Darunter versteht das Gericht nicht nur den Krankengeldbezug, sondern insbesondere die eigene Absicherung für den Fall von Arbeitsplatzverlust, Krankheit, Berufs- oder Erwerbsunfähigkeit sowie die Absicherung ihrer Hinterbliebenen im Todesfall, auch wenn sich bei der Klägerin glücklicherweise keines dieser Risiken verwirklicht hat.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf dem Rechtsgedanken des [§ 197 Abs. 1 und 4 SGG](#) und berücksichtigt, dass die Klägerin unterlegen ist und die Aufwendungen der Beklagten wie der Beigeladenen zu 1, 2 und 4 nicht erstattungsfähig sind. Es erscheint nicht angemessen, etwaige Aufwendungen des Beigeladenen zu 3 der Klägerin aufzuerlegen, denn dieser ist ebenso wie die Klägerin an ihrem Obsiegen interessiert gewesen.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen, weil keiner der in [§ 160 Abs. 2 SGG](#) abschließend aufgeführten Zulassungsgründe vorliegt.

Rechtskraft

Aus

Login

HAM

Saved

2013-10-24