

L 9 KR 332/09

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
9
1. Instanz
SG Berlin (BRB)
Aktenzeichen
S 84 KR 2049/07
Datum
16.09.2009
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 9 KR 332/09
Datum
15.02.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

1. Wurden für die Erbringung von Arbeits-/Dienstleistungen über viele Jahre hinweg Pflichtbeiträge zur Sozialversicherung gezahlt, haben Schuldner und Gläubiger dieser Leistungen dadurch zum Ausdruck gebracht, dass Inhalt ihrer Vereinbarung ein abhängige Beschäftigung sein sollte. 2. Ein Verlustrisiko kann nur dann zur Bejahung des für eine selbständige Tätigkeit charakteristischen Unternehmerrisikos führen, wenn ihm adäquate Gewinnchancen gegenüberstanden.

3. Eine unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung löst auch dann die einjährige Klagefrist nach [§ 66 Abs. 2 SGG](#) aus, wenn sie im Einzelfall nicht kausal für das Verstreichen der einmonatigen Klagefrist nach [§ 87 Abs. 1 SGG](#) war.

Die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 16. September 2009 wird zurückgewiesen. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 1) im Berufungsverfahren trägt die Klägerin zu ½. Die Kosten des sozialgerichtlichen Verfahrens tragen die Klägerin und die Beklagte zu je ½. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind im Übrigen nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten besteht Streit, ob die Beigeladene zu 1) vom 1. Januar 1994 bis zum 31. Juni 2009 bei der Beigeladenen zu 2) rentenversicherungspflichtig beschäftigt war.

Die 1948 geborene Beigeladene zu 1), ein Mitglied der Beklagten, ist gelernte Groß- und Außenhandelskauffrau. Zwischen dem 01. Januar 1994 und dem 30. Juni 2010 arbeitete sie für die Beigeladene zu 2). Deren Inhaber war bis zum 30. Juni 2009 W P, seit 1967 der Ehemann der Beigeladenen zu 1). Am 01. Juli 2009 wurde die Firma von dessen Großneffe D S übernommen. Die Beigeladene zu 1) ist zusammen mit ihrer Schwägerin Eigentümerin des Betriebsgrundstücks, das mit einem auch zu Wohnzwecken genutzten Haus bebaut ist. Die Beigeladene zu 2) pachtete die von ihr genutzten Betriebsräume/-flächen auf diesem Grundstück auf Grund einer mündlichen Vereinbarung zu einem monatlichen Pachtzins i.H.v ca. 511.- EUR.

Ein schriftlicher Arbeitsvertrag wurde zwischen den Beigeladenen nicht geschlossen. Seit der Arbeitsaufnahme am 01. Januar 1994 war die Beigeladene zu 1) als versicherungspflichtige Beschäftigte zur Sozialversicherung angemeldet. Die entsprechenden Pflichtbeiträge wurden entrichtet. Ausweislich der im Verwaltungsverfahren bei der Beklagten eingereichten Lohn-/ Gehaltsabrechnungen für jeweils den Monat Dezember der Jahre 1994 bis 2006 wurden an die Beigeladene zu 1) gezahlt: "Gehalt - Angest.", welches im Laufe der Jahre von 2.100.- DM auf 2.200.- EUR anstieg, ein "VWL-AG-Ant.Festbetr." sowie ab 1995 eine "Direktvers. PSt. 20%".

In einem Rentenanspruch vom März 2005 gab die Beigeladene zu 1) gegenüber der klagenden Deutschen Rentenversicherung Bund u.a. an, dass sie derzeit als kaufmännische Angestellte und nicht selbständig tätig und ihr Arbeitsverhältnis nicht nach dem 31. Dezember 2003 beendet worden sei.

Im Januar 2006 beantragte die Beigeladene zu 1) bei der Beklagten die Überprüfung ihres sozialversicherungsrechtlichen Status. Im Feststellungsbogen zur versicherungsrechtlichen Beurteilung eines Beschäftigungsverhältnisses zwischen Angehörigen gab sie übereinstimmend mit ihrem Ehemann an, dass sie seit dem 1. Januar 1994 als Innendienstleiterin bei der Beigeladenen zu 2) zu einem regelmäßigen monatlichen Arbeitsentgelt in Höhe von 2.200 EUR beschäftigt sei. Zur Beschreibung der ausgeübten Tätigkeit gab sie an: "alleinige Leitung unseres gesamten kaufm. Bereichs m. allen Vollmachten + Kompetenzen ausgestattet, Angebotserstell. + Abwickl. ges. Bankwesen, Rechnungscontroll., gesamte Buchhaltung". Ferner gab sie an, dass die Tätigkeit nicht aufgrund einer arbeitsrechtlichen Vereinbarung ausgeübt werde, sie sei in den Betrieb eingegliedert und arbeite nicht fremdbestimmt, sie sei an Weisungen des

Betriebsinhabers nicht gebunden, die Mitarbeit sei aufgrund familienhafter Rücksichtnahme durch ein gleichberechtigtes Nebeneinander zum Betriebsinhaber geprägt. Ein Urlaubsanspruch und eine Kündigungsfrist seien vereinbart worden, aber "nach betriebl. Erfordernissen eingeschränkt". Im Falle einer Arbeitsunfähigkeit werde das Arbeitsentgelt fortgezahlt. Das Arbeitsentgelt werde auf ein privates Bankkonto überwiesen, von dem Gehalt werde Lohnsteuer entrichtet und dieses als Betriebsausgabe verbucht. Sie sei an dem Betrieb nicht beteiligt, habe aber Bürgschaften und Darlehen übernommen. Zum Nachweis übersandte die Beigeladene zu 1) die Kopien zweier Überweisungen, wonach von einem von den Eheleuten P gemeinsam geführten Konto an den Ehemann am 11. Juli 2005 eine Summe i.H.v. 25.000 EUR und am 20. September 2005 ein Betrag i.H.v. 5.000 EUR überwiesen und als "Privateinlage" bzw. "Umbuchung" bezeichnet wurden.

Das Finanzamt M-Mitte überprüfte seit dem Jahr 1994 mehrmals die Beigeladene zu 2). Die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) wurde sowohl in den Einkommensteuererklärungen der Beigeladenen als auch im Rahmen der durchgeführten Betriebsaußenprüfungen als nichtselbständige Tätigkeit gewertet.

Nach Anhörung der Klägerin stellte die Beklagte mit dem an die Beigeladene zu 1) gerichteten Bescheid vom 30. Mai 2007 fest, dass diese in ihrer Tätigkeit für die Fa. W P nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stehe und sie aufgrund dessen weder kranken-, pflege- und rentenversicherungspflichtig noch beitragspflichtig zur Bundesagentur für Arbeit sei. Diesen Bescheid übersandte die Beklagte mit Schreiben vom gleichen Tag zur Kenntnisnahme und ohne gesonderte Rechtsbehelfsbelehrung auch an die Klägerin, bei der es am 5. Juni 2007 einging.

Die Klägerin hat am 10. Juli 2007 beim Sozialgericht Berlin Klage erhoben. Zur Begründung trug sie vor, für eine abhängige Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) spreche, dass steuerrechtlich von einer nichtselbständigen Tätigkeit ausgegangen worden sei, das Arbeitsentgelt als Betriebsausgabe verbucht und von diesem Entgelt Lohnsteuer entrichtet worden sei. Auch fehle bei der Beigeladenen zu 1) das Unternehmerrisiko. Bei ihrer Tätigkeit sei keine über das Maß einer Beschäftigung hinausgehende Verantwortung ersichtlich. Ferner sei das Beschäftigungsverhältnis jahrelang auch nach außen gelebt worden. Auch die Überlassung von Grundstücken durch die Beigeladene zu 1) gegen Zahlung an die Beigeladenen zu 2) spreche gegen ein unternehmerisches Risiko.

Die Beigeladene zu 1) trug vor, dass die Klage wegen der Verstreichung der Klagefrist bereits unzulässig sei. Die Klägerin könne die Jahresfrist des [§ 66 Abs. 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) für sich nicht beanspruchen, weil die Beklagte sie frühzeitig durch die Übersendung der Stellungnahme in das Beurteilungsverfahren eingebunden habe. Als sie - die Beigeladene zu 1) - ihre Tätigkeit 1994 aufgenommen habe, habe sie sich mit ihrem Ehemann geeinigt, alles in der Firma gemeinsam zu entscheiden.

Die Beigeladene zu 2) erklärte, die Beschäftigten seien von den Eheleuten P gemeinsam eingestellt und gekündigt worden. Schriftliche Arbeitsverträge seien mit keinem Beschäftigten geschlossen worden.

Das Sozialgericht Berlin hat durch Urteil vom 16. September 2009 den Bescheid der Beklagten vom 30. Mai 2007 aufgehoben und festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) in ihrer Tätigkeit für die Beigeladenen zu 2) in der Zeit ab 01. Januar 1994 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliege. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt: Die Klägerin sei befugt gewesen, innerhalb eines Jahres Klage zu erheben. Bei dem Bescheid der Beklagten handele es sich um einen Verwaltungsakt mit Drittwirkung, durch den die rechtlichen Interessen der Klägerin berührt worden seien. Die Voraussetzungen des [§ 66 Abs. 2 SGG](#) seien erfüllt, weil die Belehrung unterblieben sei. Nach den Gesamtumständen sei die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) weder als eine selbstständige Tätigkeit noch als eine lediglich familienhafte Mitarbeit zu qualifizieren. Gegen die bloße familienhafte Mitarbeit würden schon die Angaben in dem Feststellungsbogen sprechen, dass ohne die Mitarbeit der Beigeladenen zu 1) ein anderer Beschäftigter hätte eingestellt werden müssen. Auch das Entgelt gehe erheblich über ein bloßes Taschengeld hinaus. Gegen die selbstständige Tätigkeit spreche die vorliegende Eingliederung der Beigeladenen zu 1) in einen fremden Betrieb. Sie sei nicht Betriebsinhaberin. Sie habe keine rechtliche Möglichkeit, Entscheidungen des Betriebsinhabers über die Führung der Geschäfte zu verhindern. Dieser könne seine Geschäfts- und Firmenpolitik durchsetzen. Sie würde auch kein unternehmerisches Risiko tragen, weil sie weder am Gewinn noch am Verlust beteiligt sei. Durch den Erhalt regelmäßiger monatlicher Gehaltzahlungen sei sie keinem Risiko ausgesetzt, wie es für eine selbstständige Tätigkeit typisch wäre. Die Übertragung des Betriebsgrundstücks ließe darauf schließen, dass bewusst eine Trennung herbeigeführt worden sei, um das Unternehmerrisiko auszuschließen. Darüber hinaus würden die Verbuchung des gezahlten Gehalts als Betriebsausgabe sowie die Entrichtung der Lohnsteuer für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Die Einschränkungen in der Weisungsunterworfenheit hinsichtlich der Arbeitsausführung und der flexiblen Arbeitszeit sowie der eigenverantwortlichen Aufgabenwahrnehmung sei nicht von wesentlicher Bedeutung.

Gegen das ihr am 26. Oktober 2009 zugestellte Urteil hat die Beigeladene zu 1) am 23. November 2009 Berufung eingelegt. Zur Begründung nimmt sie vollinhaltlich Bezug auf ihren erstinstanzlichen Sach- und Rechtsvortrag.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Klägerin die Klage zurückgenommen, soweit sie den Bescheid vom 30. Mai 2007 hinsichtlich der Kranken-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung angegriffen und soweit sie die Feststellung der Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) seit dem 01. Juli 2010 beantragt hat.

Die Beigeladene zu 1) und die Beklagte beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 16. September 2009 aufzuheben und die Klage abzuweisen,

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das angefochtene Urteil für zutreffend.

Der Senat hat die Stellungnahme des Finanzamtes M-Mitte vom 29. Juni 2010 veranlasst.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Einzelnen sowie wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogene Verwaltungsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung ist zulässig, aber unbegründet. Das Sozialgericht Berlin hat der Klage im zuletzt noch aufrechterhaltenen Umfang zu Recht stattgegeben, da der Bescheid der Beklagten vom 30. Mai 2007 rechtswidrig war. Zu Unrecht hat die Beklagte festgestellt, dass die Beigeladene zu 1) bei der Beigeladenen zu 2) nicht rentenversicherungspflichtig beschäftigt war.

I) Die Klage ist zulässig. Insbesondere erhob die Klägerin die Klage fristgemäß.

1) Die Monatsfrist des [§ 87 Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) beginnt gem. [§ 66 Abs. 1 SGG](#) nur dann zu laufen, wenn der Beteiligte über den richtigen Rechtsbehelf schriftlich oder elektronisch belehrt worden ist. Daran fehlt es im vorliegenden Fall. Denn das Schreiben der Beklagten an die Klägerin vom 30. Mai 2007 enthielt keine Rechtsbehelfsbelehrung. Die im Bescheid vom 30. Mai 2007 enthaltene Rechtsbehelfsbelehrung ist irrelevant. Ungeachtet der Frage, ob eine Rechtsbehelfsbelehrung in einem Bescheid, der an Dritte zur Kenntnisnahme übersandt wird, auch diesen gegenüber Wirkung entfalten kann, war die o.g. Rechtsbehelfsbelehrung, welche auf die Möglichkeit eines Widerspruchs hinwies, jedenfalls gegenüber der Klägerin unrichtig. Denn eines durch die Erhebung eines Widerspruchs eingeleiteten Vorverfahrens bedarf es gemäß [§ 78 Abs. 1 Satz 2 Nr. 3 SGG](#) u.a. dann nicht, wenn ein Versicherungsträger – wie hier die Klägerin – klagen will. Eine gegenüber der Klägerin richtige Rechtsbehelfsbelehrung hätte daher auf die Möglichkeit der Klage hinweisen müssen.

Wegen der unterbliebenen bzw. unrichtigen Rechtsbehelfsbelehrung betrug die Klagefrist für die Klägerin gemäß [§ 66 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) ein Jahr seit Erhalt des Schreibens der Beklagten vom 30. Mai 2007. Diese Frist wurde durch die am 10. Juli 2007 erhobene Klage gewahrt.

2) Entgegen der Rechtsauffassung der Beigeladenen zu 1) ist es der Klägerin nicht verwehrt, sich auf die Jahresfrist des [§ 66 Abs. 2 SGG](#) zu berufen. Insbesondere ist es unerheblich, ob die unterbliebene bzw. unrichtige Rechtsbehelfsbelehrung im vorliegenden Fall ursächlich für die Nichteinhaltung der Monatsfrist gemäß [§ 87 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) war. Denn zur Beurteilung der Frage, ob die Rechtsbehelfsbelehrung als richtig oder unrichtig anzusehen ist, kommt es allein auf den objektiven Inhalt der Belehrung an und nicht auf die Person des Adressaten. Ob er durch die fehlerhafte Belehrung irregeführt wurde und deshalb die Frist versäumt hat, ist ohne rechtliche Bedeutung. Die Rechtsbehelfsbelehrung ist schon dann unrichtig im Sinn von [§ 66 Abs. 2 SGG](#), wenn auch nur die abstrakte Möglichkeit eines Irrtums bei dem Adressaten besteht (BSG, Urteil vom 25. Januar 1984, Az.: [9a RV 2/83](#), veröffentlicht in Juris).

3) Die Anwendung von [§ 66 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) verstößt im vorliegenden Fall auch nicht, etwa wegen Verwirkung, gegen das Gebot von Treu und Glauben. Denn Verwirkung tritt in der Regel nicht vor Ablauf der Jahresfrist ein (LSG Rheinland-Pfalz, Urteil vom 17. Februar 2011, Az.: [L 5 KR 9/10](#), veröffentlicht in Juris; Kopp/Schenke, Verwaltungsgerichtsordnung, 16. A., § 74 Rn 20). In Ausnahmefällen kann zwar das Klagerecht bereits vor Ablauf der Jahresfrist verwirkt sein. Voraussetzung hierfür ist aber, dass der Beteiligte, der das Klagerecht hat, nicht nur passiv abgewartet, sondern konkreten Anlass zu der Annahme gegeben hat, er werde keinen Rechtsbehelf einlegen. Daher genügt es für eine Verwirkung nicht, dass die Einzugsstelle dem Rentenversicherungsträger üblicherweise keine Rechtsmittelbelehrung erteilt oder dies zwischen den beteiligten Sozialversicherungsträgern sogar ausdrücklich vereinbart ist.

Der Anwendungsbereich des Grundsatzes von Treu und Glauben ist aber nicht auf Fälle der Verwirkung beschränkt. Eine gesetzliche Vorschrift (hier: [§ 66 Abs. 2 Satz 1 SGG](#)) im Hinblick auf einen Verstoß gegen diesen Grundsatz nicht anzuwenden, ist jedoch allenfalls in besonderen Ausnahmefällen möglich (LSG Berlin-Brandenburg, Urteil vom 23. Juli 2009, Az.: [L 1 KR 406/08](#), veröffentlicht in Juris; LSG Rheinland-Pfalz, a.a.O.). Dies ist jedenfalls bei der vorliegenden Konstellation nicht der Fall. Die Beklagte hatte die Klägerin zwar durch ihr Schreiben vom 12. Juli 2006 schon frühzeitig in das Verfahren einbezogen. Ihre darin kund getane Absicht, im Falle der Beigeladenen zu 1) ein sozialversicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis zu verneinen, hat sie – offensichtlich unter dem Eindruck der klägerischen Stellungnahme vom 30. August 2006 – zunächst aufgegeben, um anschließend – nunmehr offensichtlich unter dem Eindruck der von der Beigeladenen zu 1) erhobenen Einwände – zu der auch dem Bescheid vom 30. Mai 2007 zugrunde liegenden Einschätzung zurückzukehren. Wegen der darin zu Tage tretenden Sprunghaftigkeit der Beklagten bezüglich der für das Verfahren allein ausschlaggebenden Rechtsfrage kann der Klägerin gerade nicht entgegen gehalten werden, sie habe die ihr nach [§ 66 Abs. 2 Satz 1 SGG](#) zustehende Klagefrist von einem Jahr nicht ausschöpfen dürfen, sondern innerhalb der Monatsfrist von [§ 87 Abs. 1 Satz 1 SGG](#) Klage erheben müssen.

II) Die Klage ist in dem zuletzt noch aufrechterhaltenen, auf die Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung bis zum 30. Juni 2010 beschränkten Umfang begründet.

1) In formeller Hinsicht ist der Bescheid der Beklagten vom 30. Mai 2007 allerdings nicht zu beanstanden. Insbesondere war die Beklagte und nicht die Klägerin zum Erlass dieses Bescheids zuständig.

Nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 Halbsatz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) ist die Einzugsstelle für die Entscheidung über die Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung zuständig. Die Beklagte war hier die nach [§ 28i Satz 1 SGB IV](#) zuständige Einzugsstelle, weil diese bei der Beigeladenen zu 1) die Krankenversicherung durchführte.

Die Zuständigkeit der Beklagten ist nicht aufgrund der Regelungen zum Anfrageverfahren nach [§ 7a SGB IV](#) zugunsten der Klägerin entfallen. Denn für keine der in [§ 7a Abs. 1 SGB IV](#) genannten Fallgruppen, die die Zuständigkeit der Einzugsstelle nach [§ 28h Abs. 2 Satz 1 SGB IV](#) derogierte, sind die Voraussetzungen erfüllt. Weder haben die Beigeladenen eine Anfrage unmittelbar an die Klägerin gerichtet, noch ergab sich gerade aus einer nach der Einfügung von [§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) zum 1. Januar 2005 erfolgten Arbeitgebermeldung nach [§ 28a SGB IV](#), dass die Beigeladene zu 1) im Betrieb ihres Ehemannes tätig ist. Für eine analoge Anwendung dieser Vorschrift auf Sachverhalte, in denen der Einzugsstelle auf anderem Wege als durch eine Arbeitgebermeldung nach [§ 28a SGB IV](#) ein Ehegattenarbeitsverhältnis bekannt wird, sieht der Senat – entgegen dem möglicherweise in diesem Sinne zu verstehendem rechtlichen Hinweis des Berichtserstatters vom 15.

Oktober 2010 – mangels Regelungslücke keinen Anlass.

2) Zutreffend hat das Sozialgericht angenommen, dass die Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 1. Januar 1994 bis zum 30. Juni 2010 bei der Beigeladenen zu 2) rentenversicherungspflichtig beschäftigt war.

Versicherungspflichtig sind in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sozialgesetzbuch Sechstes Buch (SGB VI) Personen, die gegen Arbeitsentgelt oder zu ihrer Berufsausbildung beschäftigt sind. Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind gemäß Satz 2 dieser Vorschrift die Tätigkeit nach Weisungen und die Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

a) 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 umfassendem 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 anhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung.

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. 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 (BSG, ständige Rechtsprechung seit dem Urteil vom 25. Januar 2006, Az.: [B 12 KR 30/04 R](#), veröffentlicht in Juris).

Abgrenzungskriterien zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit bei Familienangehörigen sind nach der Rechtsprechung darüber hinaus u.a. die Eingliederung in den Betrieb, das (ggf. abgeschwächte) Weisungsrecht des Unternehmers und ein Unternehmerrisiko, das sowohl Gewinnchancen als auch Verlustrisiken umfasst. Darüber hinaus ist zu prüfen, 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.

b) Hieran gemessen erweist sich die Tätigkeit der Beigeladenen zu 1) für die Beigeladene zu 2) als abhängige Beschäftigung.

aa) Ausgangspunkt ist zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten. Da die von der Beigeladenen zu 1) im Betrieb des Beigeladenen zu 2) geleistete Arbeit nicht auf der Basis eines schriftlichen (Arbeits-)Vertrages erbracht wurde, hat der Senat zunächst aus dem Vorbringen der Beteiligten sowie den ihm bekannten Umständen ermittelt, welche Regelungen bezüglich der Arbeits-/Dienstleistung die mündlich bzw. konkludent getroffene Vereinbarung zwischen den Beigeladenen enthalten. Insofern ist den eingereichten Lohn-/Gehaltsabrechnungen zu entnehmen, dass die Zahlung eines Angestelltengehalts, vermögenswirksamer Leistungen sowie von Beiträgen zu einer zugunsten der Beigeladenen zu 1) abgeschlossenen Direktversicherung vereinbart waren. Bereits die Bezeichnung als Angestelltengehalt belegt hinreichend deutlich, dass die Beigeladene zu 1) als abhängig Beschäftigte, nicht aber als (Mit-)Unternehmerin tätig werden sollte. Direktversicherungen i.S.v. [§ 1b Abs. 2](#) des Gesetz zur Verbesserung der betrieblichen Altersversorgung (BetrAVG) werden typischerweise vom Arbeitgeber für seine Arbeitnehmer abgeschlossen. Vermögenswirksame Leistungen dürfen sogar ausschließlich an Arbeitnehmer erbracht werden, wie sich aus der Abgrenzung der [§ 1 Absätze 1 und 2 des 5. Vermögensbildungsgesetzes](#) einerseits zu Absatz 3 dieser Norm andererseits ergibt. Auch dass nach den weiteren Angaben der Beigeladenen zu 1) ein Urlaubsanspruch, eine Kündigungsfrist sowie eine Entgeltfortzahlung für 6 Wochen wurden, ist typisch für ein Arbeits- bzw. Beschäftigungsverhältnis (vgl. [§ 1](#) und [§ 2](#) Bundesurlaubsgesetz, [§ 1](#) Kündigungsschutzgesetz, [§ 1](#) Entgeltfortzahlungsgesetz). Dass der Urlaubsanspruch und der Kündigungsschutz der Beigeladenen zu 1) zugunsten des Unternehmens "nach betriebl. Erfordernissen eingeschränkt" gehandhabt wurden, ändert an der allein maßgeblichen Rechtsmacht nichts. Darüber hinaus ist zu berücksichtigen, dass die Beigeladene zu 1) zu Beginn ihrer Tätigkeit als versicherungspflichtige Beschäftigte zur Sozialversicherung angemeldet, aus dem ihr gezahlten Entgelt seither durchgängig nicht nur Sozialversicherungsbeiträge, sondern auch Lohnsteuer entrichtet und darüber hinaus dieses Entgelt durch den Beigeladenen zu 2) auch als Betriebsausgabe verbucht wurde. Diese Umstände lassen nur den Schluss zu, dass die Beigeladenen bei Aufnahme der Tätigkeit im Jahre 1994 eine abhängige und somit sozialversicherungspflichtige Beschäftigung wollten. Gerade die Verbuchung der Vergütung und die Entrichtung von Lohnsteuer stellen bei der Arbeits-/Dienstleistung unter Familienangehörigen ein starkes Indiz für eine abhängige Beschäftigung dar. Werden die Bezüge nicht – wie für den Unternehmerlohn typisch – als Privatentnahmen, sondern als Betriebsausgaben verbucht und versteuert, so haben die Vertragspartner damit für den Bereich des Steuerrechts eindeutig zum Ausdruck gebracht, dass der zur Dienstleistung Verpflichtete als Arbeitnehmer tätig sein soll. Wird steuerlich von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen, so wird regelmäßig auch für den Bereich der Sozialversicherung von einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis ausgegangen werden können.

Dass diese ursprünglichen, auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis abzielenden mündlichen Vereinbarungen von den Beigeladenen in der Folgezeit in rechtlich erheblicher Weise geändert wurden, ist schon dem Vorbringen der Beigeladenen zu 1) nicht zu entnehmen, für den Senat aber auch im Übrigen nicht erkennbar. Insbesondere haben die Beigeladenen, obwohl dies nach ihrem Vorbringen nahe gelegen hätte, offensichtlich keinen – auch in mündlicher Form möglichen – Gesellschaftsvertrag geschlossen. Denn hätten sie dies ernsthaft gewollt, hätten sie konsequenterweise die Beigeladene zu 1) als abhängig Beschäftigte abgemeldet und ihre Arbeits-/Dienstleistung auch steuerlich anders gehandhabt. Die Weiterführung des anfänglich beabsichtigten abhängigen Beschäftigungsverhältnisses bis zum Arbeitsende der

Beigeladenen zu 1) im Juni 2010 belegt vielmehr, dass ihre (Mit-)Unternehmerstellung gerade nicht gewollt war. Unabhängig hiervon sind die Beigeladenen bis zuletzt von einem Arbeitsverhältnis ausgegangen, wie ihre Einkommenssteuererklärungen und die o.g. Angaben im Zusammenhang mit dem Rentenantrag der Beigeladenen zu 1) im März 2005 belegen.

bb) Diese rechtliche Würdigung wird durch zahlreiche weitere Aspekte gestützt.

(a) So unterlag die Beigeladene zu 1) dem (eingeschränkten) Weisungsrecht ihres Ehemannes. Zwar wurde nach ihrem Vortrag zwischen den Beigeladenen mündlich vereinbart, dass sie alle betrieblichen Entscheidungen gemeinsam treffen. Auch wurden der Beigeladenen zu 1) die eigenverantwortliche Führung des kaufmännischen Bereichs des Betriebes sowie die Bankgeschäfte übertragen und alle Handlungs- und Bankkontovollmachten erteilt. Ferner konnte sie – dies unterstellt der Senat ohne nähere Prüfung aufgrund des Vorbringens der Beigeladenen zu 1) – ihre Tätigkeit hinsichtlich Zeit, Ort und Art frei gestalten. Allerdings ist bei der Übernahme von Leitungsaufgaben sowie zwischen Ehegatten die Abhängigkeit im Allgemeinen weniger stark ausgeprägt, sodass das Weisungsrecht regelmäßig nur mit gewissen Einschränkungen ausgeübt wird (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2002, Az.: [B 7 AL 34/02 R](#), veröffentlicht in juris), ohne dass dies der Annahme einer abhängigen Beschäftigung entgegenstünde. Im Übrigen haben solche Einschränkungen des Weisungsrechts im Regelfall lediglich in "ruhigen Zeiten" Bestand. Wenn infolge eines Zerwürfnisses oder anderer Konflikte die familiären Rücksichtnahmen ihr Ende haben, ist der Betriebsinhaber nicht gehindert, die bereits übertragenen Betriebsbereiche wieder an sich zu ziehen. Er kann von dem ihm zustehenden Weisungs- und Kündigungsrecht wieder Gebrauch machen. Dass die mündlichen Vereinbarungen zwischen den Beigeladenen eine solche Befugnis des Ehemannes der Beigeladenen zu 1) ausgeschlossen und dieser dadurch eine nicht entziehbare Rechtsmacht über das Schicksal des Betriebes eingeräumt haben, ist ihrem Vorbringen nicht zu entnehmen. Es ist daher folgerichtig, 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 (Hessisches LSG, Urteil vom 27. Oktober 2011, Az.: [L 8 KR 175/09](#), veröffentlicht in juris). Unabhängig hiervon war die Position der Beigeladenen zu 1) trotz der mündlichen Vereinbarung, Entscheidungen gemeinsam treffen zu wollen, nicht gleichrangig mit der ihres Ehemannes. Zwar wurden die Mitarbeiter gemeinsam durch die Eheleute eingestellt oder gekündigt, das "letzte Wort" im Betrieb gehörte jedoch, beispielsweise bei der Angeboterstellung, dem Ehemann.

(b) Zutreffend verweist das Sozialgericht auch auf das fehlende Unternehmensrisiko der Beigeladenen zu 1). Sie war an der Beigeladenen zu 2) nicht beteiligt, sodass sie weder für Verluste haften musste, noch unmittelbar vom Gewinn des Betriebs profitierte. Vielmehr erhielt die Beigeladene zu 1) für ihre Tätigkeit ein regelmäßiges, monatliches Arbeitsentgelt, das auf ihr Privatkonto überwiesen wurde. An der Beurteilung des Unternehmensrisikos ändert auch die Tatsache nichts, dass die Beigeladene zu 1) behauptet hat, im Unternehmen verbliebene Privateinlagen i.H.v. insgesamt 58.000 EUR in den Jahren 2005, 2008 und 2009 für die Beigeladene zu 2) getätigt zu haben. Dieses Vorbringen ist zunächst nicht nachgewiesen, da nicht für alle der behaupteten Zahlungsvorgänge Kopien von Kontoauszügen eingereicht wurden und diese auch immer nicht hinreichend deutlich erkennen lassen, aus welcher Vermögensmasse eine Zahlung gerade zugunsten der Beigeladenen zu 2) – und nicht etwa auf ein vom Ehemann der Beigeladenen zu 1) auch für andere Zwecke genutztes Konto – erfolgte. Der Senat kann jedoch den Nachweis für die o.g. Privateinlagen zu Gunsten der Beigeladenen unterstellen. Unabhängig von dem Umstand, dass nicht ersichtlich ist, dass die Beigeladene zu 1) zu irgendeinem Zeitpunkt rechtswirksam auf die Rückzahlung dieser Beträge verzichtet hat, genügt ein Verlustrisiko, mag es – zumindest in dieser Höhe – auch grundsätzlich untypisch für eine abhängige Beschäftigung sein, allein zur Bejahung eines Unternehmerrisikos nicht. Dass diesem Verlustrisiko auch adäquate Chancen, unmittelbar am Gewinn der Beigeladenen zu 2) zu partizipieren, gegenüberstanden, ist weder dem Vorbringen der Beigeladenen zu 1) zu entnehmen noch anderweitig zu erkennen. Weder durch die Privateinlage noch durch die Stellung als Miteigentümerin des auch für betriebliche Zwecke der Beigeladenen zu 1) genutzten Grundstücks änderte sich im Übrigen die Position der Beigeladenen zu 1) im Betrieb nicht. Rechtsförmlich blieb der Ehemann der Beigeladenen zu 1) Betriebsinhaber. Zur Gründung einer Gesellschaft mit der Beteiligung der Beigeladenen zu 1) ist es – wie bereits dargestellt – gerade nicht gekommen.

III) Die Kostenentscheidung beruht bezüglich des Klageverfahrens auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) und [§ 155 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung und berücksichtigt, dass die Klägerin die Klage während des Berufungsverfahrens in erheblichem Umfang zurückgenommen hat. Bezüglich des Berufungsverfahrens ergibt sich der Ausspruch über die Kosten aus [§ 193 SGG](#), weil nunmehr die Berufungsklägerin zu dem durch [§ 183 Satz 1 SGG](#) privilegierten Personenkreis zählt.

Die Revision ist nicht zugelassen worden, weil die Zulassungsgründe nach [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2012-05-21