

L 1 Kr 1217/89

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Wiesbaden (HES)
Aktenzeichen
S 2 Kr 427/88
Datum
15.08.1989
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 1 Kr 1217/89
Datum
06.06.1991
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden vom 15. August 1989 wird zurückgewiesen.

II. Die Klägerin hat die den Beigeladenen zu 1) bis 4) zur zweckentsprechenden Rechtsverfolgung entstandenen Aufwendungen beider Instanzen zu erstatten. Im übrigen haben die Beteiligten einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Versicherungspflicht der Beigeladenen zu 1) bis 4) in der Renten- und Krankenversicherung sowie über die Beitragspflicht zur Arbeitslosenversicherung der Beigeladenen zu 1) bis 3) im Zeitraum von April bis Oktober 1987.

Die Klägerin ist Betreiberin verschiedener Gastronomiebetriebe, u.a. des Gartenlokals "Ch." in W.

Im Mai 1987 meldeten im "Ch." tätige Kellner in W. ein Gewerbe zur "Vermittlung von Speisen und Getränken" an. Nach Einholung einer Stellungnahme vom hessischen Minister für Wirtschaft und Technik vom 15. Juni 1987 lehnte die Stadt W. die Erteilung eines Gewerbescheines gegenüber der Beigeladenen zu 3) (Bescheid vom 6. August 1987 und Widerspruchsbescheid vom 20. Juni 1988) und der Beigeladenen zu 4) (Bescheid vom 12. Oktober 1987) ab. Die zunächst vorgenommene Eintragung des Beigeladenen zu 2) in das Gewerbemelderegister nahm sie zurück (Bescheid vom 3. August 1987). Die Stadt W. begründete ihre Entscheidungen in allen Fällen damit, daß die Antragsteller nach dem Gesamtbild der ausgeübten Tätigkeit für die Klägerin weder sachlich noch persönlich unabhängig seien und deshalb kein Gewerbe ausübten.

Nachdem die Beklagte hiervon und vom Inhalt eines Gesprächs des Geschäftsführers der Klägerin u.a. mit dem Leiter der Gewerbemeldestelle der Stadt W. Kenntnis erlangt hatte, wonach das gesamte Bedienungspersonal der Klägerin nur noch als selbständige Vermittler tätig werden sollen, forderte die Beklagte die Klägerin zwecks Überprüfung der Sozialversicherungspflicht zur Übersendung der mit den "Kellnerinnen" geschlossenen Verträge auf (Schreiben vom 28. Juli 1987).

Der von der Klägerin (Auftraggeberin) wortgleich mit den Beigeladenen zu 1) bis 4) (Auftragnehmer) geschlossene "Vermittlungsvertrag" sieht vor, daß der Auftragnehmer verschiedene gastronomische Dienstleistungen in Gastlokalen des Auftraggebers, wie den Verkauf von Speisen und Getränken, das Aufstellen, Säubern und Instandsetzen der Möbel, die selbständige Organisation des Betriebsablaufs, soweit er die Bewirtung von Gästen betrifft, übernimmt. Der Auftraggeber verpflichtet sich, die mit dem Auftragnehmer vereinbarten Speisen und Getränke herzurichten, bzw. auf seine Kosten bereit zu halten und die erforderlichen Räumlichkeiten und Möbel zu stellen. Zwischen den Vertragspartnern wird ein gemeinsamer Organisations- und Dienstplan festgelegt, an den beide gebunden sind, innerhalb dessen aber Entscheidungsfreiheit besteht. Der Auftragnehmer kann sich zur Erfüllung seiner Pflichten vertreten lassen und eigene qualifizierte Gehilfen einsetzen. Er erhält als Vergütung bei täglicher Abrechnung 11,5 % der erzielten Umsatzeinnahmen ohne Steuern. Umsatzsteuer (14 %) wird zusätzlich gezahlt, wenn der Auftragnehmer diese in seiner Abrechnung gesondert ausweist und hierzu berechtigt ist. Schließlich enthält der Vertrag die Regelung, daß beide Vertragspartner das Nichtvorliegen eines lohnsteuer- oder sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses voraussetzen. Sofern diese Beurteilung unzutreffend sein sollte, wird der Auftragnehmer die nicht einbehaltenen Lohnabzüge herausgeben.

Nach Befragung des Beigeladenen zu 2) über Ort, Dauer und zeitlichen Umfang seiner Beschäftigung sowie nach Anhörung und Auswertung

der von der Klägerin mitgeteilten und an die Beigeladenen zu 1) bis 4) ausgezahlten Umsatzprovisionen stellte die Beklagte mit Bescheid vom 17. Dezember 1987 fest, daß die Beigeladenen zu 1) bis 4) bei der Klägerin im Zeitraum zwischen April und Oktober 1987 sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen seien. Aufgrund der erzielten Umsätze, die sie im einzelnen für jeden der Beigeladenen zu 1) bis 4) aufführte, habe sie die rückständigen Beiträge zur Renten- und Krankenversicherung sowie zur Bundesanstalt für Arbeit (mit Ausnahme der Beigeladenen zu 4)) ermittelt. Der sich danach ergebende Betrag für Gesamtsozialversicherungsbeiträge einschließlich der Umlage nach dem Lohnfortzahlungsgesetz in Höhe von insgesamt 10.388,91 DM sei allein von der Klägerin als Arbeitgeberin und Beitragsschuldnerin zu zahlen.

Mit Bescheiden vom 4. Januar 1988 unterrichtete die Beklagte die Beigeladenen zu 1) bis 4) von der gegenüber der Klägerin getroffenen Entscheidung auf der Grundlage der wiederum jeweils für den einzelnen Beigeladenen bezifferten Bruttobezüge (Umsätze).

Gegen den Beitragsbescheid legte die Klägerin am 14. Januar 1988 Widerspruch ein, da die im Bescheid genannten Beigeladenen selbständige Gewerbetreibende seien. Hinsichtlich der Höhe der Forderung wandte sie sich gegen die vorgenommene Berechnung bei dem Beigeladenen zu 2), da dieser auch selbst Aushilfskräfte eingesetzt und bezahlt habe.

Die Beigeladenen zu 1) bis 4) äußerten sich auch nach erneuter Anhörung (Schreiben der Beklagten vom 25. Januar 1988) im Widerspruchsverfahren nicht. Eine an den Beigeladenen zu 2) gerichtete weitere Anfrage vom 23. Februar 1988 zur Höhe des erzielten Entgeltes während der Zeit der Tätigkeit für die Klägerin blieb unbeantwortet.

Nach Eingang von Stellungnahmen der Beigeladenen zu 5) und 6) wies die Beklagte den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 19. April 1988 zurück.

Am 16. Mai 1988 hat die Klägerin beim Sozialgericht Wiesbaden Klage erhoben und ausgeführt, daß die von den Witterungsverhältnissen abhängige besondere Situation eines Gartenlokals Grund für den Abschluß der Vermittlungsverträge gewesen sei. Bei schönem Wetter stehe nämlich nicht in ausreichendem Maße geschultes Personal zur Verfügung, während bei schlechtem Wetter trotz fehlender Einnahmen Lohn gezahlt werden müsse, wobei die Arbeitnehmer wegen der ausfallenden Umsatzprovision und dem ausfallenden Trinkgeld ebenfalls unzufrieden seien. Wenn wie hier eine vertragliche Regelung und deren tatsächliche Handhabung entsprechend gestaltet seien, könne die Dienstleistung eines Kellners als selbständige Tätigkeit ausgeübt werden.

Das Sozialgericht Wiesbaden hat nach Beiladung der betroffenen Arbeitnehmer durch Urteil vom 15. August 1989 die Klage abgewiesen und in den Entscheidungsgründen ausgeführt, daß die Nachforderung von Beiträgen zu Recht erfolgt sei, da die Beigeladenen zu 1) bis 4) bei der Klägerin als Arbeitnehmer beschäftigt gewesen seien. Diese hätten ihre Tätigkeit nicht in einer eigenen Betriebsstätte, sondern in der Gaststätte der Klägerin ausgeübt. Die Art der verrichteten Tätigkeiten habe derjenigen von abhängig beschäftigten Kellnern entsprochen. Allein die Klägerin habe Art und Anzahl der Speisen und Getränke, den Preis, die Öffnungszeiten des Lokals und die Gestaltung der Räume bestimmt und hierfür das wirtschaftliche Risiko getragen. Die Auftragnehmer seien in diese Organisation insbesondere durch den Dienstplan eingebunden gewesen und hätten ihre Dienste im Regelfall persönlich erbringen müssen. Die Zahlung einer Umsatzprovision stehe der Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses nicht entgegen, da eine solche Bezahlung bei Kellnern durchaus üblich sei.

Gegen dieses dem Prozeßbevollmächtigten der Klägerin gegen Empfangsbekenntnis am 5. Oktober 1989 zugestellte Urteil richtet sich die zur Niederschrift des Sozialgerichts Wiesbaden am 1. November 1989 eingelegte Berufung, mit der sich die Klägerin unter Wiederholung ihres Rechtsstandpunktes gegen die getroffene Entscheidung des Sozialgerichts wendet. Das Gericht sei schon bei der Sachverhaltsdarstellung voreingenommen gewesen und habe u.a. nicht erwähnt, daß das Finanzamt Wiesbaden ursprünglich eine schriftliche Auskunft erteilt habe, daß es sich bei der Durchführung der Vermittlungsverträge um selbständige Tätigkeiten der Auftragnehmer handele. Zu dieser Auffassung habe auch das Sozialgericht kommen müssen, wenn es die höchstrichterliche Rechtsprechung beachtet hätte. Für jeden Geschäftsbetrieb sei eine gewisse Verbindlichkeit, wann jemand seine Dienste leiste, unerlässlich. Jeder Auftraggeber erwarte eine Dienstleistung zu einer bestimmten Zeit und nicht etwa die Lieferung eines Hochzeitbuffets drei Tage nach der Hochzeit. Da der Auftragnehmer sich durch Dritte habe vertreten lassen können, sei die Schlußfolgerung des Sozialgerichts unrichtig, daß die Dienste höchstpersönlich hätten erbracht werden müssen. Ein Unternehmerrisiko müsse nicht im Einsatz von Kapital, sondern könne auch in der Vermarktung beruflicher Fähigkeiten bestehen. Grundsätzlich sei anzuerkennen, was die Vertragsparteien wollten. Ein Eingriff dürfe nur bei einer von der Rechtsordnung nicht mehr hinnehmbaren Verletzung der Rechte eines Vertragspartners möglich sein. Es sei aber hier im Gegenteil beabsichtigt gewesen, den Auftragnehmer in den Stand zu versetzen, dort Aufträge anzunehmen, wo er selbst die besten Chancen gesehen habe. Deshalb habe er im Verhältnis zu ihr auch andere Personen zur Dienstleistung einsetzen dürfen. Die fehlende Einflußmöglichkeit der Auftragnehmer auf Auswahl von Speisen und Getränken sowie die Preisgestaltung sei unerheblich, da sich die unternehmerische Selbständigkeit wie bei jedem Handelsvertreter auf die Vermittlung von Aufträgen (Speisen und Getränke) zugunsten der Klägerin konzentriert habe.

Die Klägerin beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden vom 15. August 1989 sowie den Bescheid der Beklagten vom 17. Dezember 1987 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 19. April 1988 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,
die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend und bezieht sich zur Begründung auf die Entscheidungsgründe und ihr bisheriges Vorbringen. Ergänzend führt sie aus, daß für die Beigeladene zu 4) eine Beitragspflicht zur Beigeladenen zu 5) nicht angenommen worden sei, da diese im streitigen Zeitraum in einem anderen angemeldeten Vollzeitbeschäftigungsverhältnis gestanden habe. Der Beigeladene zu 2) habe im Verwaltungsverfahren den zeitlichen Umfang seiner wöchentlichen Arbeit mit etwa 60 Stunden angegeben. Nach den Ausführungen des Beigeladenen zu 1) anlässlich seiner persönlichen Anhörung am 6. September 1990 habe dessen wöchentliche Arbeitszeit zwischen 30 und 35 Stunden betragen. Das könne auch für die Beigeladene zu 3) angenommen werden, die etwa ebensoviel verdient habe.

Die Beigeladenen zu 1) bis 4) stellen keinen Antrag.

Die Beigeladenen zu 5) und 6) schließen sich dem Antrag der Beklagten an.

Durch Beschlüsse vom 4. April 1990 und 20. August 1990 sind die Bundesanstalt für Arbeit und die Landesversicherungsanstalt Hessen, für die von der Beklagten Sozialversicherungsbeiträge geltend gemacht worden sind, zum Rechtsstreit beigeladen worden. Der Beigeladene zu 1) ist im Erörterungstermin am 6. September 1990 zur tatsächlichen Durchführung der Beschäftigung für die Klägerin persönlich angehört worden. Wegen des Ergebnisses der Anhörung wird auf die Sitzungsniederschrift (Blatt 167, 168 der Gerichtsakte) verwiesen.

Im Termin zur mündlichen Verhandlung am 6. Juni 1991 waren die Beigeladenen zu 1) bis 5) weder erschienen noch vertreten.

Hinsichtlich des Vorbringens der Beteiligten im übrigen wird auf den weiteren Inhalt der Gerichtsakte und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte über die Berufung der Klägerin auch in Abwesenheit der Beigeladenen zu 1) bis 5) aufgrund mündlicher Verhandlung entscheiden, da sie auf diese Möglichkeit in der schriftlichen Terminsladung hingewiesen worden sind ([§§ 110 Abs. 1 Satz 2, 124 Abs. 1 Sozialgerichtsgesetz – SGG](#) –).

Die Berufung ist zulässig, denn sie ist form- und fristgerecht eingelegt sowie an sich statthaft ([§§ 143, 151 SGG](#)).

Sie ist aber sachlich nicht begründet.

Das Urteil des Sozialgerichts Wiesbaden war auch nach der von dem Senat weiter durchgeführten Sachaufklärung zu bestätigen, denn die Beigeladenen zu 1) bis 4) waren bei der Klägerin zwischen April und Oktober 1987 abhängig beschäftigt und unterlagen somit grundsätzlich der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht zur Beklagten und zu den Beigeladenen zu 5) und 6).

Nach § 1227 Abs. 1 Nr. 1 Reichsversicherungsordnung (RVO) werden in der Rentenversicherung der Arbeiter alle Personen versichert, die als Arbeitnehmer gegen Entgelt beschäftigt sind. Entsprechend regelt § 165 Abs. 1 Nr. 1 in Verbindung mit Abs. 2 RVO (in der bis zum 31. Dezember 1988 geltenden Fassung) die Versicherungspflicht von Arbeitern in der gesetzlichen Krankenversicherung sowie § 168 Abs. 1 Arbeitsförderungsgesetz (AFG) die Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit. Die Verpflichtung zur Zahlung einer Umlage folgt aus §§ 10, 14 ff. des Lohnfortzahlungsgesetzes. Beschäftigung ist gemäß § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch – Gemeinsame Vorschriften (SGB IV) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Diese Voraussetzungen für die Annahme einer Versicherungspflichtigen Beschäftigung liegen im Falle der Beigeladenen zu 1) bis 4) vor. Der Senat ist nach Würdigung aller Umstände, unter denen die Beigeladenen zu 1) bis 4) für die Klägerin tätig geworden sind, davon überzeugt, daß diese ab dem jeweiligen Zeitpunkt der Arbeitsaufnahme bis zum Ausscheiden aus dem Betrieb der Klägerin in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis zu dieser gestanden haben und somit sozialversicherungspflichtig waren.

Die Abgrenzung der nichtversicherten selbständigen von der Versicherungspflichtigen Tätigkeit ist nach der Rechtsprechung, der der Senat folgt, danach vorzunehmen, ob der Beschäftigte von einem Arbeitgeber persönlich abhängig ist (BSG SozR § 165 RVO Nr. 41; [BSGE 35, 20, 21](#); [38, 53](#), 51, 164, 165 ff.; Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Kommentar, Stand: 15. Mai 1988, § 165 RVO, Anmerkung 2.1 m.w.N.). Persönlich abhängig ist bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb der Beschäftigte, der in den Betrieb eingegliedert ist und einem Weisungsrecht des Arbeitgebers hinsichtlich Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung unterliegt ([BSGE 13, 196](#), 201; 35, 21; BSG SozR 2200 § 1227 RVO Nrn. 4, 8). Kennzeichnend für eine selbständige Tätigkeit ist das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die Möglichkeit, frei über den Arbeitsort und die Arbeitszeit zu verfügen (BSGE 13, 201, 202; 35, 21; 38, 57; BSG SozR § 165 RVO Nrn. 30, 68; BSG SozR 2200 § 1227 RVO Nrn. 4, 8, 19). Sofern eine Tätigkeit Merkmale aufweist, die auf Abhängigkeit oder Unabhängigkeit hinweisen, ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen. Dabei sind alle Umstände des Falles zu berücksichtigen und eine Entscheidung nach dem Gesamtbild der jeweiligen Arbeitsleistung unter Berücksichtigung der Verkehrsanschauung zu treffen (BSG SozR § 165 RVO Nrn. 8, 51; BSG SozR 2200 § 165 RVO Nr. 32). Anknüpfungspunkt ist zunächst die vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses. Weicht diese jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, so sind diese entscheidend (BSGE 35, 21; 38, 57; BSG SozR 2200 § 1227 RVO Nrn. 4, 8, 19; BSG SozR § 165 RVO Nr. 68). Ergeben die Ermittlungen keine eindeutige Antwort auf die Frage, ob eine abhängige Beschäftigung oder eine selbständige Tätigkeit vorliegt, ist das bisherige Berufsleben als weiteres Indiz heranzuziehen (BSG SozR 2200 § 1227 RVO Nr. 19).

Von diesen Grundsätzen ausgehend sind die Beigeladenen zu 1) bis 4) als abhängig Beschäftigte der Klägerin anzusehen. Dies folgt zur Überzeugung des Senats aus der Würdigung der vertraglichen Vereinbarung zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) bis 4) unter Berücksichtigung der unwidersprochen gebliebenen und von der Klägerin als zutreffend bestätigten glaubhaften Angaben des persönlich angehörten Beigeladenen zu 1).

Bereits der Inhalt des zwischen der Klägerin und den Beigeladenen zu 1) bis 4) jeweils abgeschlossenen Vertrags belegt nicht die von der Klägerin gezogene Schlußfolgerung, daß die im Vertrag so bezeichneten "Auftragnehmer" im Verhältnis zur "Auftraggeberin" (Klägerin) selbständige Gewerbetreibende gewesen sind. Zwar enthält der Vertrag eine Bestimmung (Nr. 6), daß das "Auftragsverhältnis" nach dem Willen der Vertragspartner kein lohnsteuer- und sozialversicherungspflichtiges Arbeitsverhältnis sein soll. Gleichzeitig wird aber für den Fall einer anderen rechtlichen Beurteilung eine im Verhältnis zur Beklagten unwirksame Regelung für die Herausgabe nicht einbehaltener Lohnabzüge getroffen. Weiter könnte zwar die sprachliche Bezeichnung der Vertragsparteien einen Hinweis auf die gewollte Vertragsform geben, da das Auftragsrecht des Bürgerlichen Rechts ([§ 675 BGB](#)) die hier vorgeblich beabsichtigte selbständige Geschäftsbesorgung durch den Auftragnehmer voraussetzt. Da hier aber nicht die Besorgung eines Einzelgeschäfts, sondern die Begründung eines Dauerrechtsverhältnisses beabsichtigt war, kann die gewählte Formulierung im Vertragstext nur untechnisch gemeint gewesen sein. Das belegen auch die Ausführungen der Klägerin, die die geschuldete Leistung der Beigeladenen zu 1) bis 4) mit der "Vermittlung von Speisen und Getränke" beschreibt und in diesem Zusammenhang auf die Vorschriften des Handelsgesetzbuchs über den freien Handelsvertreter verweist. Abgesehen davon, daß der Vertrag ausdrücklich die Übernahme von Dienstleistungen (nicht: die Vermittlung), u.a. den Verkauf

von Speisen und Getränken, vorsieht, waren die Beigeladenen zu 1) bis 4) tatsächlich auch keine freien Handelsvertreter, so daß die von der Klägerin zur Begründung ihrer Rechtsauffassung herangezogene Entscheidung des Bundessozialgerichts (E 51, 164 ff.) vorliegend keine Anwendung finden kann. Handelsvertreter ist gemäß [§ 84 Abs. 1](#) Handelsgesetzbuch (HGB), wer als selbständiger Gewerbetreibender ständig damit betraut ist, für einen anderen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen. Selbständig ist, wer im wesentlichen frei seine Tätigkeit gestalten und seine Arbeitszeit bestimmen kann. Wer, ohne selbständig im Sinne des Abs. 1 zu sein, ständig damit betraut ist, für einen Unternehmer Geschäfte zu vermitteln oder in dessen Namen abzuschließen, gilt gemäß [§ 84 Abs. 2 HGB](#) als Angestellter. Maßgebend für die Abgrenzung zwischen dem selbständigen und dem abhängig beschäftigten Vermittler ist auch hier eine Gesamtwürdigung nach dem Schwerpunkt von Vertragsgestaltung und Vertragshandhabung (vgl. Staub/Brüggemann, Großkommentar zum HGB, 4. Auflage 1983, § 84 Rdnr. 7, 14 m.w.N.). An den in der Rechtsprechung (Staub, a.a.O., Rdnr. 8) anerkannten und für selbständige Tätigkeit sprechenden äußeren Merkmalen, wie der Mitgliedschaft in der Industrie- und Handelskammer einschließlich entsprechender Beitragszahlungen, der Unterhaltung eigener Geschäftsräume, der Führung von Geschäftsbüchern oder der Benutzung von eigenen Firmenbriefbogen, fehlt es vorliegend bereits. Hierzu gehört auch die Anmeldung eines Gewerbes und die Veranlagung zur Gewerbesteuer, was hinsichtlich der Beigeladenen zu 2) bis 4) mit bestandskräftigen Bescheiden wegen nicht vorhandener persönlicher und sachlicher Unabhängigkeit abgelehnt worden ist. Entscheidend ist aber für den Senat, daß der Vertragstypus des Handelsvertreters für die hier von den Beigeladenen zu 1) bis 4) verlangten Tätigkeiten nicht paßt. Die Beigeladenen zu 1) bis 4) hatten im Gartenlokal der Klägerin vorwiegend die sich dort befindlichen Gäste zu bedienen. Die "Vermittlung von Geschäften" setzt aber eine Einwirkung des Geschäftsmittlers auf die Willensentscheidung des Kunden zur Erteilung eines Auftrages voraus, die jeder Gast eines Lokals aber schon mit dessen Betreten selbst getroffen hat. Daß darüber hinaus durch das Bedienungspersonal die Möglichkeit besteht, zum Verzehr weiterer Speisen oder Getränke zu animieren, ist dabei von untergeordneter Bedeutung. Der Schwerpunkt der Tätigkeit lag jedenfalls, eindeutig im Bedienen der Gäste (Aufnehmen der Bestellung, Weitergabe an die Küche, Servieren und Abrechnen), einer Tätigkeit, die mit der bloßen Vermittlung von Geschäftsabschlüssen nichts zu tun hat. Darüber hinaus verpflichtete der Vertrag die Beigeladenen zu 1) bis 4) entgegen dem gesetzlich normierten Bild des Handelsvertreters auch zu weiteren Dienstleistungen, wie dem Aufstellen, Säubern und Instandsetzen der in dem Gartenlokal vorhandenen Möbel. Schließlich spricht auch die im Vertrag vereinbarte ordentliche Kündigungsfrist von einer Woche dagegen, daß die Tätigkeit eines freien Handelsvertreters tatsächlich gewollt gewesen ist. Nach [§ 89 Abs. 1 Satz 2 HGB](#) muß die Kündigungsfrist mindestens einen Monat betragen, wobei nur zum Schluß eines Kalendermonats gekündigt werden kann. Angesichts all dessen ist der zutreffende Einwand der Klägerin unerheblich, daß bei einem freien Handelsvertreter keine Einflußmöglichkeit auf Warenauswahl und Preisgestaltung der von ihm zu vermittelnden Produkte besteht.

Wenn zwar weder ein Auftrags- noch ein freies Handelsvertreterverhältnis begründet worden ist, so ist zwar für die von den Beigeladenen zu 1) bis 4) verrichteten Tätigkeiten nicht ausgeschlossen, daß sie auch von Selbständigen (Gastwirt) verrichtet werden. Hierfür mag sprechen, daß die abgeschlossenen Verträge arbeitnehmertypische Regelungen (z.B. Urlaub, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, festes Gehalt) gerade nicht enthalten. Die tatsächliche Verrichtung abhängiger Arbeit ist aber hierdurch nicht ausgeschlossen. Der im Vertrag umschriebene Tätigkeitsbereich der Beigeladenen zu 1) bis 4) wird im Geschäftsverkehr üblicherweise von Kellnern wahrgenommen. Der selbständige Betreiber einer Gaststätte, der auch bedient, die Möbel aufstellt und säubert, unterscheidet sich von den Beigeladenen zu 1) bis 4) dadurch, daß er das wirtschaftliche Risiko des Geschäftsbetriebes trägt. So ist es auch vorliegend, denn eine Einbringung sachlicher Mittel oder die Beteiligung an laufenden Kosten ist im Vertrag ebenso wenig vorgesehen, wie die Beteiligung an den Kosten des Einkaufs von Lebensmitteln und Getränken. Vielmehr wird – wie auch der Beigeladene zu 1) bestätigt hat – die gesamte Infrastruktur des Gartenlokals von der Klägerin vorgehalten, während die Beigeladenen zu 1) bis 4) nur noch ihre Arbeitskraft in dieser von der Klägerin vorgegebenen Ordnung zur Verfügung stellen mußten. Über diese im Vertrag bereits vorgegebene Ordnung hinaus hat der Beigeladene zu 1) bei seiner persönlichen Anhörung angegeben, daß ihm ebenso wie dem anderen Personal bestimmte Tische zur Bedienung zugewiesen, worden seien. Diese konkrete Verteilung der Arbeit oblag nach dessen Ausführungen dem Beigeladenen zu 2), der die Funktion eines "Oberkellners" innehatte. Zu dessen Aufgaben gehörte auch die Erstellung eines Wochenplanes über den Einsatz der Bedienungskräfte. Danach kann aufgrund der tatsächlichen Handhabung nicht mehr davon ausgegangen werden, daß die Beigeladenen zu 1) bis 4) in der Gestaltung ihrer Arbeitszeit frei gewesen seien. Für den Beigeladenen zu 2) folgt dies bereits aus seiner vom Beigeladenen zu 1) beschriebenen Funktion und der hiermit gegenüber der Beklagten im Verwaltungsverfahren korrespondierenden Angabe, daß die wöchentliche Arbeitszeit 60 Stunden betragen habe. Die übrigen Bedienungskräfte konnten zwar zunächst je nach Wunsch Eintragungen im Wochenplan selbst vornehmen. Bei Überschneidungen koordinierte aber der Beigeladene zu 2) die verschiedenen Interessen oder forderte bei zusätzlichem Bedarf telefonisch weitere Kräfte an, da andernfalls die Gaststätte während der Öffnungszeiten nicht hätte betrieben werden können. Diese Vorgehensweise ist im Arbeitsleben, insbesondere im Bereich des Gaststättengewerbes, nicht unüblich, wenn auch einzuräumen ist, daß es dem Personal hierdurch in einem größeren Maße ermöglicht wird, die verrichteten Arbeiten auf nur etwa 3 Arbeitstage (wie der Beigeladene zu 1) und eine Wochenarbeitszeit bei diesem von etwa 30 bis 35 Stunden zu konzentrieren. Entgegen der Darstellung der Klägerin beinhaltete diese Regelung aber nicht, daß die eingeteilte Bedienungskraft bei schlechtem Wetter dem Arbeitsplatz nach eigener Entscheidung fernbleiben durfte, um anderweitig mehr Geld zu verdienen. Abgesehen davon, daß es für die von der Klägerin Vorausgesetzten Tagesbeschäftigungen in Deutschland überhaupt keine realen Arbeitsmöglichkeiten gibt, hat der Beigeladene zu 1) angegeben, daß grundsätzlich eine Pflicht zum Erscheinen am Arbeitsplatz bestanden habe, wenn eine entsprechende Einteilung im Dienstplan vorgesehen gewesen sei. Es sei aber vorgekommen, daß er seinen Arbeitsplatz im Falle schlechten Wetters wieder verlassen habe, dann aber nur nach Rücksprache mit dem Beigeladenen zu 2). Auch die im Vertrag enthaltene Möglichkeit zur Vertretung durch Dritte konnte der Beigeladene zu 1) so nicht bestätigen. Er vermochte sich nur daran zu erinnern, daß er seine Arbeit im Regelfall höchstpersönlich erbracht und bei plötzlicher Verhinderung seine Kollegen, zu denen auch die Beigeladenen zu 3) und 4) gehörten, gebeten hat, ihn zu vertreten. Diese hätten sich im übrigen ebenso verhalten. Insgesamt bot sich dem Senat nach dem Ergebnis der Befragung des Beigeladenen zu 1) das von der Verkehrsanschauung für die Verrichtung von Dienstleistungsaufgaben im Gaststättengewerbe vorherrschende Bild eines in einem fremden Betrieb eingegliederten und nur seine Arbeitskraft einsetzenden Arbeitnehmers. Dem steht grundsätzlich nicht entgegen, daß die Entlohnung der verrichteten Arbeiten ausschließlich in der Form einer Umsatzbeteiligung erfolgt ist (vgl. hierzu: BSG SozR 2200 § 165 RVO Nr. 63). Aus der von der Klägerin im Verwaltungsverfahren vorgelegten Stellungnahme der Industrie- und Handelskammer Wiesbaden vom 31. Juli 1987 ist nämlich zu entnehmen, daß sowohl die im Vertrag vereinbarte Höhe der Umsatzbeteiligung als auch die Berechnungsmethode mit der üblichen Vergütung eines angestellten Kellners identisch ist. Wenn aber eine entsprechende Bezahlung in dieser Branche typisch ist, kann die Klägerin aus dieser Vertragsregelung zu ihren Gunsten nichts herleiten. Da die für den Beigeladenen zu 1) festgestellten Verhältnisse sich nach dessen – auch von der Klägerin bestätigten – Angaben nicht von denjenigen der Beigeladenen zu 3) und 4) unterscheiden und weitere Personen aus eigener Anschauung zu den Vertragsverhältnissen und dem Vertragsvollzug keine Angaben machen können, bestand für eine weitere Sachverhaltsaufklärung kein Bedarf. Das gilt auch für den Beigeladenen zu 2) mit der Maßgabe, daß ihm gegenüber dem übrigen Bedienungspersonal eine Vorgesetztenfunktion zukam. Er selbst hat sich gegenüber der Beklagten im

Verwaltungsverfahren als Kellner und "Service-Leiter" bezeichnet, dessen unmittelbarer Vorgesetzter der Geschäftsführer der Klägerin gewesen sei. Auch er bestätigte schriftlich seine Verpflichtung, zu bestimmten Zeiten zur Verfügung zu stehen und nur nach Absprache Arbeiten ablehnen zu können. Zu der vorgenommenen Gesamtwürdigung paßt auch, daß die Beigeladenen zu 1) bis 4) in ihrem früheren, Arbeitsleben ebenfalls als abhängig Beschäftigte tätig waren, die Beigeladenen zu 2) bis 4) sogar als Kellner bei der Klägerin. Kellner, Buffetiers und Studenten hat die Klägerin auch in einer Zeitungsannonce gesucht, auf die sieh der branchenfremde Beigeladene zu 1) gemeldet hat, für den aber die vertragliche Grundlage seines Tätigwerdens zum damaligen Zeitpunkt ohne Bedeutung war und an die er sich auch auf Vorhalt der vertraglichen Regelungen bei seiner Anhörung nicht mehr erinnern konnte. Aufgrund der gesamten Umstände des Falles ist der Senat davon überzeugt, daß die Klägerin ohne tatsächliche Änderung der Verhältnisse lediglich die schriftliche Vertragsgrundlage der Beschäftigung ihres Bedienungspersonals ändern wollte, um sich der Verpflichtungen aus einem Dauerarbeitsverhältnis zu entziehen. Das allein sie treffende wirtschaftliche Risiko im Zusammenhang mit dem Betreiben eines Gartenlokals und dem Umsatzausfall bei schlechtem Wetter ist aber nicht auf Arbeitnehmer in der hier unternommenen Weise zu überwälzen, sondern nur mit Hilfe z.B. von Aushilfskräften lösbar. Hätte es sich bei den Beigeladenen zu 2) bis 4) um selbständige Gewerbetreibende gehandelt, ist auch nicht nachvollziehbar, warum sich die Klägerin zum Sachwalter auch von deren Interessen verstanden und gegen die ablehnenden Entscheidungen des Gewerbeamtes bei der zuständigen Behörde vorgesprochen hat. Dort hat sie im übrigen ihre Absicht deutlich zum Ausdruck gebracht, keine Kellner mehr einzustellen und nur noch "Gewerbetreibende" für sich tätig werden zu lassen. Die Industrie- und Handelskammer Wiesbaden hat in dem bereits genannten Schreiben deshalb auch die gewählte Vertragskonstruktion als verdecktes Arbeitsverhältnis bezeichnet. Zu einer anderen Auslegung kommt auch nicht das zuständige Finanzamt, das seine von der Klägerin für ihre Rechtsauffassung herangezogene Auskunft vom 8. Juli 1986 ausdrücklich dahin eingeschränkt hat, daß beim Vollzug des vorgelegten Vertragsentwurfs nur dann keine lohnsteuerpflichtigen Einnahmen erzielt werden, wenn keine Arbeitnehmer beschäftigt werden. Genau dies ist aber nach den getroffenen Feststellungen des Senats vorliegend der Fall gewesen.

Die Höhe der errechneten Nachzahlung ist von der Beklagten rechnerisch zutreffend ermittelt worden. Eine Heranziehung zur Umlage nach dem Lohnfortzahlungsgesetz mußte erfolgen, da die Klägerin nach den unwidersprochen gebliebenen Feststellungen der Beklagten regelmäßig weniger als 20 Arbeitnehmer beschäftigt. Soweit auch die Klägerin lediglich hinsichtlich der geltend gemachten Beitragshöhe für den Beigeladenen zu 2) eingewandt hat, daß dieser auch selbst Aushilfskräfte beschäftigt habe, ist dieser Einwand von der Beklagten ohne genauere Feststellungen bereits für die Monate Juli und September 1987 berücksichtigt worden, in denen sie lediglich 2.500,- DM Arbeitsentgelt der Beitragsberechnung zugrunde gelegt hat, obwohl in diesen Monaten 3.398,62 DM bzw. 3.605,98 DM ausgezahlt worden sind. Diese Berechnung beruht auch darauf, daß der Beigeladene zu 2) gegenüber der Beklagten sein eigenes Einkommen mit etwa 2.500,- DM angegeben hat. Da die Klägerin ihren Vortrag nicht näher substantiiert hat und Beweisangebote zum Umfang der Heranziehung Dritter nicht unterbreitet werden konnten, waren zugunsten der Klägerin entsprechende weitere Gründe für eine Verminderung des Beitragsanspruchs der Beklagten nicht erweislich. Der Tatsache, daß die Beigeladene zu 4) neben ihrer Tätigkeit für die Klägerin einer weiteren Vollzeitbeschäftigung nachgegangen ist und erheblich weniger verdient hat, hat die Beklagte dadurch Rechnung getragen, daß für sie keine Beiträge zur Beigeladenen zu 5) gefordert worden sind. Insgesamt mußte deshalb die Berufung der Klägerin erfolglos bleiben und zurückgewiesen werden.

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

Die Revision war nicht zuzulassen, da die Voraussetzungen des [§ 160 Abs. 2 Nrn. 1, 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2007-06-15