

L 3/8 Kr 539/87

Land
Hessen
Sozialgericht
Hessisches LSG
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
3
1. Instanz
SG Frankfurt (HES)
Aktenzeichen
S 9 Kr 4265/86
Datum
18.02.1987
2. Instanz
Hessisches LSG
Aktenzeichen
L 3/8 Kr 539/87
Datum
26.10.1994
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil

I. Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 18. Februar 1987 wird zurückgewiesen.

II. Die Beteiligten haben einander keine Kosten zu erstatten.

III. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über die Sozialversicherungspflicht von Metzgern/Ausbeinern sowie um deren Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit, die der Kläger in der Zeit vom 1. Januar 1978 bis 31. Dezember 1980 angeworben und an Großmetzgereien und Fleischfabriken zum Ausbeinen und Zerlegen von Schlachtvieh vermittelt hatte.

Der Kläger war als unständig selbständiger Ausbeiner seit 1. September 1971 Mitglied der Fleischerei-Berufsgenossenschaft. Neben dieser Tätigkeit nahm er im eigenen Namen von Großmetzgereien und Fleischfabriken Aufträge zum Ausbeinen und Zerlegen von Schlachtvieh entgegen, die durch von ihm aufgrund mündlicher Vereinbarungen angeworbene Metzger ausgeführt wurden. Er handelte mit den Auftraggebern die Einzelheiten der Auftragsvergabe und -durchführung, insbesondere den Arbeitsort und die Arbeitszeit, die Zahl der einzusetzenden Metzger sowie den Preis pro Einheit verarbeiteter Ware aus. Auf diese Vereinbarungen hatten die angeworbenen Metzger keinen Einfluß. Sie hatten jedoch die Wahl, sich an der Auftragsdurchführung zu beteiligen oder nicht. Die Vergütung für die Auftragsdurchführung erfolgte in der Form, daß die Auftraggeber selbst die tatsächlich geleistete Arbeit der angeworbenen Metzger feststellten und dann eine entsprechende Zahlung an den Kläger leisteten. Dieser verteilte die Gelder abzüglich einer Provision anschließend an die angeworbenen Metzger. Die Metzger erhielten die Mehrwertsteuer ausgezahlt und der Kläger verbuchte die Zahlungen an die Ausbeiner als Fremdleistungen in seiner Bilanz. Zuweilen zahlte er auch schon vor Eingang von Zahlungen durch die Auftraggeber Vorschüsse an die Metzger, welche diese zurückzahlen mußten, wenn die Fleischfabriken als Auftraggeber ihrerseits keine ordnungsgemäßen Zahlungen mehr leisteten. Die Metzger hatten einen Gewerbeschein und waren im Unternehmensverzeichnis der Fleischerei-Berufsgenossenschaft eingetragen. Sie hatten das Arbeitsgerät selbst zu stellen und arbeiteten weitgehend in Arbeitskolonnen, deren Führer als Vorarbeiter bezeichnet wurden. Ab 1. Januar 1981 wurde die Einzelfirma des Klägers in eine GmbH umgewandelt, deren Geschäftsführer der Kläger war. Die GmbH setzte dieselbe Geschäftstätigkeit fort. Nachdem die Beigeladene zu 1) der GmbH ab 21. Juli 1981 für die Dauer eines Jahres die Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung erteilt hatte, die sie nach Fristablauf unter anderem wegen Verstoßes gegen sozialversicherungsrechtliche Bestimmungen (Beitragsrückstände gegenüber Sozialversicherungsträgern) nicht verlängerte, wurde der GmbH-Gesellschaftsvertrag am 21. August 1981 dahingehend geändert, daß Gegenstand des Unternehmens neben dem Ausbeinen und Zerlegen von Schlachtvieh die Überlassung von Arbeitnehmern zur Ausübung dieser Tätigkeit sein sollte.

Die Beklagte nahm diesen Sachverhalt im Wege von Betriebsprüfungen zur Kenntnis und forderte den Kläger mit Bescheid vom 2. Juli 1982 auf, für die Zeit vom 1. Januar 1978 bis 31. Dezember 1980 Versicherungsbeiträge zur Bundesanstalt für Arbeit sowie zur Kranken- und Rentenversicherung der Arbeiter in Höhe von insgesamt DM 600.409,95 zu zahlen. Sie ging für die Jahre 1978 und 1979 von jeweiligen Gesamtlohnsummen in Höhe von DM 281.075,00 sowie DM 477.572,00 aus, welche sie den geprüften Betriebsunterlagen des Klägers entnahm, der für diesen Zeitraum keine Abrechnungen mit den einzelnen Metzgern vorlegen konnte. Für das Jahr 1980 legte sie dem Bescheid eine detaillierte Berechnung unter namentlicher Benennung der beschäftigten Metzger sowie der jeweils gezahlten Beträge bei. Sie ging davon aus, daß die vom Kläger beschäftigten Metzger dessen gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Arbeitnehmer gewesen seien und daß der Kläger als ihr Arbeitgeber zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet sei. Den Widerspruch des Klägers vom 30. Juli 1982 wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 21. April 1983 zurück.

Der Kläger erhob dagegen am 19. Mai 1983 vor dem Sozialgericht Frankfurt am Main (SG) Klage (Az.: S-9/Kr – 104/83) und führte zur Begründung seiner Klage aus, die betroffenen Ausbeiner hätten sich nicht ständig im Schlachthof aufgehalten, um dort jeweils anfallende Aufträge anzunehmen. Sie seien vielmehr an verschiedenen Orten für ständig wechselnde Auftraggeber, die er ihnen vermittelt habe, tätig geworden. Die jeweiligen Auftraggeber hätten ausschließlich mit ihm als vermittelnder Agentur abgerechnet und er habe den Werklohn brutto nach Abzug der vereinbarten Vermittlungsprovision an die Ausbeiner weitergeleitet. In den schriftlich abgeschlossenen oder mündlich vereinbarten Verträgen gegenüber den Auftraggebern der Ausbeiner habe er als Agentur keine Haftung übernommen und sei auch tatsächlich nie in Anspruch genommen worden. Die Ausbeiner seien vielmehr selbst gegenüber ihren Auftraggebern schadensersatzpflichtig gewesen und hätten das Risiko getragen, daß ihr Werklohn gekürzt werde. Jeder Metzger habe somit von Anfang an mit dem Erwerb des Gewerbescheins das unternehmerische Risiko alleine tragen müssen.

Mit Beschluss vom 15. August 1983 hat das SG das Klageverfahren ausgesetzt, bis zum Ergehen einer Revisionsentscheidung in dem in gleicher Sache betriebenen Rechtsstreit des Klägers gegen die Fleischerei-Berufsgenossenschaft (Az.: S-8/U – 185/82). In diesem Klageverfahren war durch Urteil des SG vom 22. Mai 1984 die Klage abgewiesen worden. Das SG hatte die vom Kläger vermittelten Ausbeiner als Arbeitnehmer und gesetzlich Unfallversicherte im Sinne des § 539 Abs. 1 Ziff. 1 Reichsversicherungsordnung (RVO) angesehen. Das Bundessozialgericht (BSG) stellte im Wege der Sprungrevision mit Urteil vom 27. Mai 1986, Az.: [2 RU 62/84](#), unter Aufhebung der erstinstanzlichen Entscheidung und der streitigen Bescheide fest, daß die vom Kläger eingesetzten Metzger nicht versicherungspflichtig beschäftigt gewesen seien. Es sei der Unternehmerbegriff des § 658 Abs. 2 RVO maßgebend. Der Kläger sei hinsichtlich der von ihm vermittelten Metzger kein Unternehmer und auch kein Arbeitgeber, sondern lediglich Vermittler für die Durchführung von Ausbein- und Zerlegearbeiten bei verschiedenen Fleischfabriken und Großmetzgereien gewesen. Ob man das Tätigwerden des Klägers als verbotene Arbeitsvermittlung einzuordnen habe, könne dahinstehen, da dies die Unternehmereigenschaft des Klägers im Sinne des § 658 Abs. 2 RVO nicht begründen könne.

Nach Ergehen dieser Entscheidung hat die Beklagte am 10. Dezember 1986 gefordert, das Klageverfahren wieder aufzunehmen. Das SG ist dem gefolgt (Az.: S-9/Kr – 4265/86). Es hat mit Beschluss vom 18. Februar 1987 die Bundesanstalt für Arbeit und die Landesversicherungsanstalt Hessen dem Verfahren beigeladen und mit Urteil vom 18. Februar 1987 die Klage abgewiesen. Es ist davon ausgegangen, daß die vom Kläger eingesetzten Metzger versicherungs- und beitragspflichtig tätig wurden. Sie seien im Hinblick auf Zeit, Dauer und Einsatzort ihrer Tätigkeit fremdbestimmt durch Absprachen des Klägers mit den Fleischfabriken. Ihre Tätigkeit sei auf die Erfüllung der vom Kläger mit den Fabriken geschlossenen Verträge gerichtet gewesen und die Metzger hätten keine Hilfskräfte einsetzen dürfen. Die Zerlege- und Ausbeinarbeiten hätten keinerlei Gestaltungsfreiheiten eröffnet und die Metzger hätten von der Möglichkeit der Arbeitsablehnung keinen Gebrauch gemacht. Das Bestehen einer zweiwöchigen Kündigungsfrist und die Verordnung einer Urlaubssperre seitens des Klägers seien Umstände, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprächen. Die Metzger hätten kein Unternehmerrisiko getragen. Die Vergütung sei nicht im Hinblick auf die Leistung des einzelnen, sondern auf die der Gruppe bemessen worden. Es könne dahinstehen, ob für die Metzger tatsächlich ein Lohnrisiko bestanden habe bei Nichtzahlung oder bloßer Teilzahlung durch die Fleischfabriken und ob dieser Fall tatsächlich eingetreten sei. Dabei handele es sich allenfalls um ein Indiz für deren Selbständigkeit, was angesichts des Gesamtbildes nicht ins Gewicht falle. Die vertraglichen Abreden über den Selbständigenstatus und die steuer- sowie gewerberechtliche Behandlung der Metzger sei angesichts der tatsächlichen Verhältnisse unbedeutend. Auch die Verwendung eigener Arbeitsschuttmittel und eigenen Werkzeuges mache die Metzger nicht zu selbständig Tätigen. Ob der Kläger zumindest teilweise unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betrieben habe, könne dahinstehen, da er auch dann gesamtschuldnerisch zur Zahlung der Sozialversicherungsbeiträge verpflichtet gewesen wäre.

Der Kläger hat gegen das ihm am 31. März 1987 zugestellte Urteil am 28. April 1987 beim SG Berufung eingelegt. Er hat vorgetragen, der zu beurteilende Sachverhalt wie auch die zu entscheidenden Rechtsfragen seien dieselben wie vom BSG im Urteil vom 27. Mai 1986 im Verhältnis zur Fleischerei-Berufsgenossenschaft abgehandelt. Danach habe er kein eigenes Unternehmerrisiko getragen und auch kein eigenes Personal beschäftigt. Das SG habe keine Gründe genannt, inwiefern der BSG-Entscheidung nicht zu folgen sei oder inwiefern diese Fehler aufweisen. Eventuell für den Arbeitnehmerstatus der Metzger sprechende Passagen in seinen Verträgen mit den Fabriken seien von der Auftraggeberseite formuliert worden und die rechtliche Tragweite dieser Vereinbarungen habe er nicht zu beurteilen vermocht. Im übrigen habe das BSG diese Vereinbarungen nicht als maßgeblich angesehen.

Der Kläger beantragt,
das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 18. Februar 1987 sowie den Bescheid der Beklagten vom 2. Juli 1982 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 21. April 1983 aufzuheben.

Die Beklagte und die Beigeladenen zu 1) und 2) beantragen,
die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hat ausgeführt, die gegenüber der Fleischerei-Berufsgenossenschaft ergangene Revisionsentscheidung lege offenbar einen falschen Sachverhalt zugrunde. Die Vertragspartner des Klägers hätten keine Arbeitsmöglichkeiten an Arbeitnehmer anbieten wollen, sie hätten vielmehr bestimmte Arbeiten per Werkvertrag an den Kläger vergeben, der seine Dienste auch ständig den Auftraggebern gegenüber angeboten habe. Er habe es übernommen, die Aufträge zu den von ihm ausgehandelten Bedingungen mit eigenem Personal auszuführen. Der Kläger habe seine Auftraggeber von allen Forderungen Dritter freigestellt, falls das Vertragsverhältnis zwischen ihm und den Metzgern nicht als Werkvertrag sondern als Arbeitnehmerüberlassung angesehen werden sollte. Im Gegensatz zum Kläger hätten die Metzger kein Unternehmerrisiko getragen, hätten insbesondere keine eigenen wirtschaftlichen Mittel eingesetzt, um einen Unternehmergewinn zu erzielen, hätten kein Risiko von Kapitalverlusten gehabt, schlimmstenfalls hätten sie ihren Arbeitsplatz verloren. Auch wenn der Kläger unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung betrieben habe sollte, ändere dies nichts an seiner Beitragspflicht. Die Beklagte hat Angebote und Verträge des Klägers mit seinen Auftraggebern vorgelegt sowie eine Liste von 63 Metzgern, die für den Kläger tätig wurden.

Der Senat hat durch Beschluss vom 15. September 1988 insgesamt acht Metzger dem Verfahren beigeladen, die sämtlich im Rhein-Main-Gebiet und Saarbrücken wohnhaft und im streitigen Zeitraum für seine Agentur tätig waren, sowie durch Beschluss vom 6. April 1994 die Firma , bei der ein Teil der Beigeladenen tätig war, und die IKK als zuständige Einzugsstelle für die von der Firma zu leistenden Sozialversicherungsbeiträge. Auf einen Vergleichsvorschlag des Senats vom 15. September 1988 hin haben der Kläger, die Beklagte und die

Beigeladenen zu 1) und 2) darüber Einvernehmen erzielt, daß sie die rechtskräftige Entscheidung für die Beigeladenen zu 3) bis 10) auch zur Beurteilung der Sozialversicherungspflicht der übrigen Metzger anwenden werden.

Im Erörterungstermin vom 29. August 1990 hat der Kläger, persönlich gehört, die Art und Weise seiner Zusammenarbeit mit den vermittelten Metzgern einerseits und den Auftraggebern andererseits beschrieben, weswegen auf das Terminprotokoll verwiesen wird. Mit Schreiben vom 28. September 1990, 19. November 1990 sowie mit Schreiben ohne Datum, welches am 24. April 1991 bei Gericht eingegangen ist, haben die Beigeladenen zu 8), zu 4) und zu 5) angegeben, daß die Verhältnisse so gewesen seien, wie sie der Kläger am 29. August 1990 im Erörterungstermin geschildert habe.

Wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte, die frühere Klageakte des SG, Az.: S-9/Kr - 104/83, die Verwaltungsakte der Beklagten, die Akte, Az.: L-8/Kr - 538/87, das Verfahren gegen die HA.-GmbH betreffend, die Akte des SG das Unfallversicherungsstreitverfahren betreffend, Az.: S-8/U - 185/82, die hierzu vorliegende Revisionsakte des BSG, Az.: [2 RU 62/84](#), und die Verwaltungsakte des Landesarbeitsamtes Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht erhobene Berufung ist zulässig (§§ 151, 143 Sozialgerichtsgesetz -SGG- a.F.), wobei Streitgegenstand des Berufungsverfahrens Beitragsforderungen der Beklagten gegenüber dem Kläger wegen nicht abgeführter Sozialversicherungsbeiträge und Beiträge an die Bundesanstalt für Arbeit für die Beigeladenen zu 3) bis 10) in der Zeit vom 1. Januar 1978 bis 31. Dezember 1980 sind.

Die vom Kläger angeworbenen Ausbeiner wurden von ihm ohne Erlaubnis ([Art. 1 § 1 Abs. 1 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz -AÜG-](#)) an Großmetzgereien und Fleischfabriken, unter anderem die Beigeladene zu 11), als Arbeitnehmer überlassen. Nachdem der Kläger die mit den Entleihfirmen vereinbarte "Entlohnung" erhalten hat, hat er die eingesetzten Metzger nach Einbehalt einer Provision in Höhe von 10 % der Beträge tatsächlich bezahlt und ist im Rahmen dieses "faktischen Arbeitsverhältnisses" auch zur Abführung des diesen Zahlungen entsprechenden Gesamtsozialversicherungsbeitrages verpflichtet.

Nach [Art. 1 § 1 Abs. 1 AÜG](#) bedürfen Arbeitgeber (sogenannte Verleiher), die Dritten (sogenannten Entleiher) Arbeitnehmer (sogenannte Leiharbeiter) gewerbsmäßig zur Arbeitsleistung überlassen wollen, ohne damit Arbeitsvermittlung nach § 13 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG) zu betreiben, der Erlaubnis seitens der Arbeitsverwaltung. "Verleiher" in diesem Sinne sind Personen, die beabsichtigen, aus einer fortgesetzt ausgeübten Überlassung von Arbeitnehmern einen wirtschaftlichen Gewinn zu erzielen. Vertragsgegenstand eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ist das entgeltliche Zurverfügungstellen von Arbeitnehmern - der Leiharbeiter - zur Arbeitsleistung bei einem Dritten, dem Entleiher (Becker/Wulfgramm, Kommentar zum AÜG, 2. Aufl., Anm. 4 und 38 zu Art. 1 § 1). Ausgenommen von der Erlaubnispflicht des AÜG sind solche Unternehmer, die ihre Arbeitnehmer ausschließlich auf werk- oder dienstvertraglicher Basis im Drittunternehmen einsetzen. Ein derartiger Dienstvertrag unterscheidet sich maßgeblich dadurch von einem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag, das der dienstleistenden Unternehmer die zur Dienstleistung notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Vorstellungen organisiert, während der Verleiher dem Entleiher die Arbeitnehmer zur Verfügung stellt, damit dieser die Arbeitskräfte nach seinen betriebsbedingten Erfordernissen einsetzt und mit den Leiharbeitnehmern Betriebszwecke wie mit eigenen Arbeitnehmern verfolgt (dazu Bundesarbeitsgericht -BAG- in USK 78201). Ein drittbezogener Personaleinsatz von Arbeitnehmern auf dienstvertraglicher Basis - als Dienstvertrag ist die Tätigkeit der Lohnschlichter in der Rechtsprechung durchweg angesehen worden (BSG USK 71192; Urteil des LSG Baden-Württemberg in: Die Beiträge 1979, S. 278, 280) - setzt im Gegensatz zu einem arbeitsvertraglich geregelten Tätigwerden als Arbeitnehmer die Selbständigkeit der Dienstleistung voraus und ist daher nur in engen Grenzen möglich. Er kommt nur für solche Dienstleistungen in Betracht, die gegenständlich umschrieben werden können und deren Ausführung keine Integration in die Betriebsorganisation der Drittfirma bedingt (Urteil des BSG vom 23. Juni 1982 in: Die Sozialgerichtsbarkeit 1983, S. 205, 209; Becker/Wulfgramm, a.a.O., Anm. 39 a zu Art. 1 § 1). Bei Eingliederung des Arbeitnehmers in den Betriebsablauf handelt es sich demgegenüber in aller Regel um die Leistung weisungsabhängiger Arbeit im Rahmen eines dadurch charakterisierten Arbeitsvertrages.

Handelt ein Verleiher ohne Erlaubnis, hat dies zur Folge, daß die zwischen Verleiher/Leiharbeiter bzw. Verleiher/Entleiher geschlossenen Verträge unwirksam sind ([Art. 1 § 9 Ziffer 1 AÜG](#)) und ein Arbeitsverhältnis mit dem Inhalt des [Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG](#) zwischen Entleiher und Leiharbeiter als zustande gekommen gilt. Nach aktueller Rechtslage haftet der Verleiher neben der Entleihfirma gesamtschuldnerisch für den Sozialversicherungsbeitrag ([Art. 1 § 10 Abs. 3 AÜG i.d.F. der Bekanntmachung vom 14. Juni 1985 BGBl. I S. 1068](#)). Nach [Art. 1 § 10 Abs. 2 AÜG](#) vom 7. August 1972 ([BGBl. I S. 1393](#)), der noch auf den streitigen Zeitraum von 1978 bis 1980 anzuwenden ist, bestand allerdings keine ausdrückliche gesetzliche Anspruchsgrundlage gegen den ohne Erlaubnis handelnden Verleiher wegen nicht gezahlter Sozialversicherungsbeiträge, die zunächst der Entleiher zu tragen hatte (vgl. [Art. 1 § 10 Abs. 1 und 2 AÜG a.F.](#)). In Rechtsprechung ([BSGE 56, 287](#), 288, 289; [61, 209](#), 212, Urteil des Senats vom 28. September 1972 in: Breithaupt 1973, S. 440) und Literatur (Spiolek, Wer zahlt die Sozialversicherungsbeiträge bei illegaler Arbeitnehmerüberlassung, Betriebsberater 1991, 1038; Schüren, Diebold, Sozialversicherung bei Arbeitnehmerüberlassung, NZS 94, 241 ff., 296 ff.; Becker/Wulfgramm, a.a.O., Anm. 6 a, 75 zu Art. 1 § 1 sowie Anm. 5 zu [Art. 1 § 13 AÜG](#); Kautza, Der Verleiher als Arbeitgeber und Beitragsschuldner unter besonderer Berücksichtigung des Konkursausfallgeldes, in: BKK 1980, 138) war indessen vor der Neuregelung des [Art. 1 § 10 Abs. 3 AÜG](#) ab 1. August 1986 anerkannt, daß das gemäß [Art. 1 § 9 Nr. 1 AÜG](#) mangels Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung unwirksame Leiharbeitsverhältnis bei praktischem Vollzug - beispielsweise durch Zahlung des Lohnes im Verhältnis des Verleihers zum Leiharbeiter - als faktisches Arbeitsverhältnis anzusehen war und der illegale Verleiher hinsichtlich der tatsächlich gezahlten Löhne als Arbeitgeber galt mit der Folge, daß ihn insoweit auch die beitragsrechtlichen Pflichten trafen.

Zu demselben Ergebnis würde es führen, wenn der Kläger die Arbeitnehmer nicht unerlaubt überlassen, sondern nur unter Verstoß gegen das Arbeitsvermittlungsmonopol der Beigeladenen zu 1) (§ 4 AFG) vermittelt hätte (dazu die Vermutungsregelung des [Art. 1 § 1 Abs. 2 AÜG](#)). Denn in diesem Falle sieht [Art. 1 § 13 AÜG](#) vor, daß das aufgrund unerlaubter Vermittlung zustande kommende Arbeitsverhältnis nicht nach §§ 4 AFG, [134 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) nichtig ist, der unerlaubt vermittelte Arbeitnehmer vielmehr den Dritten, dem er zur Arbeitsleistung zugewiesen wurde, als Arbeitgeber in Anspruch nehmen kann. Da ein unerlaubt vermittelter Arbeitnehmer nicht weniger schutzbedürftig ist als ein unerlaubt verliehener, findet [Art. 1 § 10 Abs. 1 AÜG](#) entsprechende Anwendung und im Verhältnis Vermittler/Arbeitnehmer kommt es in gleicher Weise wie bei der Arbeitnehmerüberlassung zu einem faktischen Arbeitsverhältnis (Diebold/Schüren, a.a.O., S. 296, 300; Becker/Wulfgramm, a.a.O., Anm. 3, 5 zu [Art. 1 § 13 AÜG](#)), so daß Zweifel, ob

Arbeitnehmerüberlassung oder Arbeitsvermittlung vorliegt, niemals zu Lasten des Arbeitnehmers gehen können.

Bei den vom Kläger getätigten Geschäften handelte es sich um Arbeitnehmerüberlassung und nicht um Arbeitsvermittlung, was wegen der gleichen Rechtsfolgen letztlich keine streitentscheidende Bedeutung hätte. Denn Arbeitsvermittler ist in der Regel nur, wer – vergleichbar einem Makler – tätig wird mit der Zielrichtung, zwischen einem arbeitssuchenden Arbeitnehmer und einem einen Arbeitsplatz anbietenden Arbeitgeber ein Arbeitsverhältnis zustande zu bringen ([BSGE 31, 235, 242](#); [BVerfGE 21, 261, 266](#)). Dem Kläger ging es aber darum, selbst gewisse Einflußmöglichkeiten auf die überlassenen Arbeitnehmer zu behalten, die sich insbesondere darin zeigten, daß er deren Lohn auszahlte, um davon seine Provision abzweigen zu können. Das Bestehenbleiben einer gewissen Verbindung zwischen Vermittler und Arbeitnehmer ist indessen mit der Annahme einer Arbeitsvermittlung nicht grundsätzlich unvereinbar (dazu BSG und Bundesverfassungsgericht, a.a.O.). Verbleibt es allerdings bei der Lohnzahlung durch den Verleiher und erfüllt er damit eine arbeitsvertragliche Hauptpflicht, so kennzeichnet dies in aller Regel die Arbeitnehmerüberlassung (Diebold/Schüren, a.a.O., S. 296, 297, 300, 301 unter Hinweis auf die Vielschichtigkeit der Abgrenzungsproblematik, offenbar davon ausgehend, daß die Voraussetzungen für Arbeitnehmerüberlassung und Arbeitsvermittlung auch gleichzeitig erfüllt sein könne, was aber für die Rechtsfolgen ohne Bedeutung bleibe).

Die vom Kläger überlassenen Ausbeiner wurden in Übereinstimmung mit der langjährigen Rechtsprechung des BSG und nahezu aller Landessozialgerichte nicht als selbständige Unternehmer sondern als abhängige und damit sozialversicherungspflichtig beschäftigte Arbeitnehmer tätig, wobei sie wesentlich in die Betriebe der Entleiherfirmen eingegliedert (zur Einordnungstheorie des Bundesverfassungsgerichts Entscheidung, a.a.O.) waren bzw. der Schwerpunkt ihres Arbeitsverhältnisses im Verhältnis zu diesen Firmen und nicht in ihrer Beziehung zum Kläger als Verleiher lag (zur vom BSG vertretenen Schwerpunkttheorie beispielsweise [BSGE 31, 235, 242](#)).

Nach den in Rechtsprechung und Literatur (beispielsweise Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung, S. 284 d, e, 306 e, q, r) übereinstimmend vertretenen allgemeinen Abgrenzungskriterien ist das wesentliche Merkmal für die Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses die persönliche Abhängigkeit des Beschäftigten gegenüber einem Arbeitgeber (BSG USK 70203, 7311). Bedeutsame Anhaltspunkte dafür sind die Eingliederung des Arbeitenden in den Betrieb und das damit in aller Regel verbundene Direktionsrecht des Arbeitgebers (BSG, a.a.O.). Entscheidend ist insoweit, ob der zur Arbeitsleistung Verpflichtete seine Tätigkeit im wesentlichen selbst bestimmen kann oder ob er hinsichtlich Zeit, Ort und Art seiner Arbeitsleistung an bestimmte Weisungen des Arbeitgebers gebunden ist. Die Weisungsbefugnis kann im Einzelfall eingeschränkt sein. Die Arbeitsleistung bleibt jedenfalls fremdbestimmt, wenn sie ihr Gepräge von der Ordnung des Betriebes erhält, in dessen Dienst sie verrichtet wird. Weitere Abgrenzungskriterien abhängiger Beschäftigung von selbständiger Tätigkeit sind die Art der Vergütung (BSG USK 70203), die steuerrechtliche Behandlung der Bezüge (BSG USK 70203), das Vorhandensein oder Fehlen einer eigenen Betriebsstätte (BSG USK 71192, 70203, Urteil des LSG Baden-Württemberg in: Der Betrieb 1979, 278, 279) sowie insbesondere die wirtschaftliche und soziale Stellung des Dienstleistenden (BSG USK 71192, 70203, Urteil des Bayerischen LSG in: Die Beiträge 1993, 148, 155). Das Fehlen eines eigenen wirtschaftlichen Unternehmerrisikos spricht für die Arbeitnehmertätigkeit (BSG USK 70203, 7311, Urteil des LSG Niedersachsen vom 8. August 1979, Az.: L 4/Kr – 60/78). Den maßgeblichen Anhaltspunkt für die Abgrenzung selbständiger von abhängiger Beschäftigung bilden die tatsächlichen Beziehungen zwischen den Beteiligten (BSG USK 70203). Vertragliche Abreden erlangen nur Bedeutung, soweit sie den tatsächlichen Verhältnissen entsprechen (BSG USK 81307, Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 21. November 1985, Az.: L-4/Kr – 124/84 sowie in: Die Beiträge 1993, S. 148, 152).

Die vom Kläger überlassenen Metzger waren maßgeblich in die Betriebe der Entleihfirmen eingegliedert, wo sie keine selbständigen, vom übrigen Betriebsablauf eindeutig abgegrenzten Dienstleistungen erbrachten sondern mit den von ihnen zu verrichtenden Auslöse-, Zerlegungs-, Abdeckungs- und Zerteilarbeiten an Rindern, Schweinen und Kälbern genau die Arbeiten verrichteten, die in Großmetzgereien und Fleischfabriken typischerweise anfallen, deren eigentlichen Tätigkeitsbereich ausmachen und im Regelfall von dort angestellten Arbeitnehmern verrichtet werden. Angesichts der in solchen Betrieben bekanntermaßen vorherrschenden Arbeitsabläufe im Fließbandverfahren wäre jede eine selbständige Dienstleistung ausmachende Eigenständigkeit mit den aus der Fließbandarbeit resultierenden betrieblichen Anforderungen unvereinbar. Nach den von der Beklagten vorgelegten "Werkverträgen" wurde die Arbeitsleistung tatsächlich von der Entleihfirma erfaßt, die Ausbeiner mußten die Arbeit nach bestem fachlichem Können erledigen und bei Schlechtleistung nachbessern. Eine persönliche Abhängigkeit gegenüber dem Kläger bestand in erster Linie bis zur Arbeitsaufnahme, auch wenn der Kläger den Ausbeinern gegenüber einmal eine Urlaubssperre ausgesprochen und von einer zweiwöchigen Kündigungsfrist gesprochen hatte. Nach der Arbeitsaufnahme unterstanden sie kaum mehr dem Direktionsrecht des Klägers sondern demjenigen der Beschäftigungsfirma. Wie der Kläger im Erörterungstermin vom 29. August 1990 angegeben und wie die Beigeladenen zu 4), 5) und 8) schriftlich bestätigt haben, beschränkte sich der Kontakt zwischen dem Kläger und den Ausbeinern im wesentlichen auf die Phase der "Arbeitsaufnahme" und die Entlohnung nach Beendigung der Auftragsarbeiten, während in der Zwischenzeit im Verlauf der eigentlichen Verrichtung der Zerlegearbeiten normalerweise kein Kontakt zum Kläger bestand. In dieser Zeit mußten sich die Ausbeiner den betrieblichen Notwendigkeiten der Entleihfirmen unterordnen und konnten ihre Tätigkeit gerade nicht hinsichtlich Zeit, Ort und Art der Arbeitsleistung selbst bestimmen.

Die zwischen dem Kläger und den Entleihfirmen gewählte Form der Vergütung kann als für Arbeitnehmerüberlassungsverträge typisch angesehen werden. Denn es ging dem Kläger darum, aus einer fortgesetzt ausgeübten Überlassung von Arbeitnehmern einen wirtschaftlichen Gewinn in Höhe der Provision von 10 % der vereinnahmten Entgelte zu erzielen. Es handelte sich somit im Verhältnis zu den Entleihfirmen nicht um "Werkverträge" oder nach der Rechtsprechung um "Dienstverträge" sondern um sogenannte "Schein-Werk-/Dienstverträge" (zu diesen in der illegalen Arbeitnehmerüberlassungspraxis gebräuchlichen Gestaltungsmitteln Siebenter Bericht der Bundesregierung über Erfahrungen bei der Anwendung des AÜG sowie über die Auswirkungen des BilliBG in: [BT-Drucksache 12/3180, S. 30](#) sowie Diebold, Schüren, a.a.O., S. 296, 297) zur Verschleiерung der in Wirklichkeit beabsichtigten Arbeitnehmerüberlassung, wie Punkt 11 des Vertrages mit der Firma für den Chiemgau deutlich werden läßt und was der Kläger im Erörterungstermin vom 29. August 1990 von den Beigeladenen zu 4), 5) und 8) schriftlich bestätigt in aller Klarheit ausgesprochen hat. Danach wurde der Vertrag von der Firma auf gesetzt zu dem Zweck, sich vor Nachteilen abzusichern und den Kläger insoweit haftbar zu machen. Welcher Art diese erwogenen Nachteile sein konnten, stellt Punkt 11 des Vertrages unmißverständlich klar, indem er die persönliche Haftung des Klägers für den Fall normierte, daß "durch die zuständigen Behörden die Auffassung vertreten werden, daß das Vertragsverhältnis nicht als Werkvertrag anzusehen sei, sondern daß hierin eine Arbeitnehmerüberlassung liege". Der Kläger selbst hat diese rechtliche Beurteilung seiner Geschäftstätigkeit auf Drängen der Beigeladenen zu 1) zugrunde gelegt, in dem er ab 1. Januar 1981 als Geschäftsführer der -GmbH bei gleicher geschäftlicher

Tätigkeit eine Arbeitnehmerüberlassungserlaubnis einholte, die sodann aber ebenfalls wegen Nichterfüllung von Sozialversicherungsbeiträgen nicht verlängert wurde. Neben dem Kläger, der mit dieser Arbeitnehmerüberlassung weitgehend risikolose (dazu Urteil des BSG vom 27. Mai 1986 – [2 RU 62/84](#)) Provisionseinnahmen erzielte, waren die Entleihfirmen an derartigen Geschäftspraktiken interessiert, um Lohnnebenkosten – darunter auch Sozialversicherungsbeiträge – einzusparen sowie eine arbeitsrechtliche Bindung gegenüber den Leiharbeitnehmern zu vermeiden, und nicht zuletzt die betroffenen Arbeitnehmer selbst waren daran interessiert, da sie gegenüber den abhängig beschäftigten Metzgern deutlich höhere Bruttoverdienste erzielen konnten. Dabei war die Art ihrer Entlohnung nicht typisch für einen selbständig tätigen Unternehmer, sondern erfolgte im Hinblick auf die Leistung der Ausbeinergruppe insgesamt und gerade nicht individuell auf den einzelnen Metzger und dessen erbrachte Leistung bezogen.

Die einvernehmlich praktizierte steuerliche Abwicklung (Auszahlung der Bruttoverdienste plus Mehrwertsteuer abzüglich der Provision an die Ausbeiner) ebenso wie die gewerberechtliche Seite (jeder Ausbeiner besaß einen Gewerbeschein) sollten wie auch die der Realität nicht entsprechenden "Scheinwerkverträge" dazu dienen, einen faktisch nicht bestehenden "Selbständigenstatus" der Ausbeiner zu dokumentieren und können als Umgehungstatbestände nicht herangezogen werden, um das gewünschte Scheinergebnis zu begründen (Urteil des BSG vom 25. Oktober 1990 – [12 RK 10/90](#); Urteil des Bayerischen LSG in: Die Beiträge 1991, 148, 154). Denn die ganz überwiegenden objektiven Umstände sprechen für den Arbeitnehmerstatus der Ausbeiner. Die Ausbeiner hatten keine Möglichkeit der unternehmerischen Kalkulation, da die Preisabsprache allein in der Hand des Klägers lag. Sie setzten kein eigenes Betriebskapital ein, wobei die Verwendung geringfügigen selbst zu beschaffenden Handwerkszeuges mitunter für Arbeitnehmer typisch sein kann (BSG USK 70203, 71192; LSG Baden-Württemberg in: Die Beiträge 1979, 278, 279). Sie verfügten über keine eigene Betriebsstätte und unterlagen nicht der Gefahr, infolge fehlerhafter eigener Kalkulation oder sonstiger Umstände des Geschäftsverkehrs betriebliche Verluste zu erleiden. Der ihnen wie jedem Arbeitnehmer drohende Verlust des Arbeitsplatzes bei Schlechtleistung stellt ein derartiges Betriebsrisiko nicht dar (Urteil des LSG Baden-Württemberg in: Die Beiträge 1979, 278, 280; Urteil des Bayerischen LSG in: Die Beiträge 1993, 143, 153). Auch wenn sie dem Kläger gegenüber jeder Zeit die Möglichkeit hatten, einzelne Einsätze abzulehnen, steht dieser Umstand der Begründung eines Beschäftigungsverhältnisses für den Fall nicht im Wege, daß sie ein entsprechendes Arbeitsangebot tatsächlich angenommen haben (Urteil des BSG vom 15. Oktober 1975 – [11/12 RJ 412/67](#); BSG in Sozialgerichtsbarkeit 1983, 205, 210). Soweit der Kläger den Metzgern gegenüber einmal schriftlich von einer zweiwöchigen Kündigungsfrist gesprochen und für besondere Spitzenzeiten eine "Urlaubssperre" verfügt hatte, sprechen auch diese Umstände deutlich gegen die Unternehmerstellung der Beigeladenen wie auch der übrigen Ausbeiner. Letztlich unterschied sich deren wirtschaftliche und berufliche Stellung von der eines angestellten Metzgergesellen nur unwesentlich und alle von den "Geschäftspartnern" unternommenen Anstrengungen vermögen nichts daran zu ändern, daß öffentlich-rechtliche Pflichten, wozu auch die Beitragspflicht zur Sozialversicherung gehört, durch privatrechtliche Verträge nicht beseitigt werden können (ebenso die erstinstanzliche Entscheidung unter zutreffendem Hinweis auf [BSGE 11, 257](#), 262; [13, 130](#), 134).

Die Haftung des Klägers für die streitigen Gesamtsozialversicherungsbeiträge entfällt auch nicht unter dem Gesichtspunkt der "unständigen Beschäftigung" der beigeladenen Ausbeiner. Denn bei den Beigeladenen zu 3) bis 10) hat es sich nicht um unständig Beschäftigte im Sinne des § 441 RVO gehandelt, so daß sie für die Jahre 1978 und 1979 nicht selbst die vollen Beiträge zur Rentenversicherung gemäß § 1405 RVO a.F. entrichten und die zuständige Krankenkasse sie in ihr Mitgliederverzeichnis nach § 442 RVO eintragen mußte, um die Beitragsanteile für die Arbeitgeber von der Gemeinde zu fordern (§ 453 RVO a.F.). Zur Arbeitslosenversicherung bestand folglich keine Beitragsfreiheit. Denn die Tätigkeit der Ausbeiner war weder nach der Natur der Sache noch im voraus durch den Arbeitsvertrag auf weniger als eine Woche beschränkt (§ 441 RVO a.F.). Es lag vielmehr im Interesse des Klägers wie auch der Entleihfirmen, daß die Ausbeiner möglichst längere Zeit und nicht nur wenige Tage bei den jeweiligen Auftraggebern Beschäftigung finden sollten. Die Abrechnung erfolgte wöchentlich, was Einsatzzeiten voraussetzt, die den Zeitraum des § 441 RVO a.F. überschreiten. Eine Entlastung des Klägers scheidet zudem ab 1980 schon dem Grunde nach aus, denn das Recht der unständigen Beschäftigten hat durch das Gesetz über die Verwaltung der Mittel der Träger der Krankenversicherung vom 15. Dezember 1979 ([BGBl. I S. 2241](#)) mit Wirkung vom 1. Januar 1980 eine Neuregelung erfahren, in welcher der Begriff des unständig Beschäftigten in § 441 RVO unverändert geblieben, ansonsten aber eine weitgehende Gleichstellung mit den sonstigen Beschäftigten im Krankenversicherungsbereich erfolgt ist. Schuldner des nach § 445 RVO zu bemessenden Gesamtsozialversicherungsbeitrages ist seitdem der Arbeitgeber (vgl. Krauskopf, Soziale Krankenversicherung, Kommentar, § 441 RVO Anm. 1 und 2, § 445 RVO Anm. 1).

Die von der Beklagten zur Erhebung ihrer Beitragsforderung notwendige Feststellung der Versicherungs- und Beitragspflicht und der Beitragshöhe setzt grundsätzlich individuelle auf die Person der einzelnen Arbeitnehmer bezogene Ermittlungen voraus. Nur dadurch werden rechtsstaatliche Grundsätze gewahrt und die individuelle Zurechnung von Rentenanwartschaften zum einzelnen Versicherten ermöglicht ([BSGE 37, 144](#) bis 116; [45, 206](#), 207; [59, 235](#), 238). Die Beweislast für eine demgemäße, personenbezogene Feststellung trägt die Beklagte ([BSGE 41, 297](#), 299; [59, 235](#), 239). Die Krankenkasse kann ihrer Feststellungslast indessen nur genügen, wenn der Arbeitgeber seinen für den Beitragseinzug maßgebenden Mitwirkungspflichten – wobei es sich im einzelnen um Pflichten zur Aufzeichnung, Auskunft, Meldung, Vorlage und Beitragsabführung handelt – nachkommt. Verletzt der Arbeitgeber seine Mitwirkungspflicht – vor allem die ihn treffende Aufzeichnungspflicht – schuldhaft, so ist der Beweis der Krankenkasse als geführt anzusehen. Denn der Arbeitgeber hat durch seine schuldhaftige Pflichtverletzung die der Einzugsstelle obliegende Beweisführung zur Versicherungspflicht vereitelt (BSG, a.a.O.; Urteil des BSG vom 25. Oktober 1990 – [12 RK 10/90](#)).

Der Kläger war als Verleiher mitwirkungspflichtig im vorgenannten Sinne und ist seiner Mitwirkungspflicht für die Jahre 1978 und 1979 nur unzureichend nachgekommen, so daß die Beklagte nur die nicht individualisierbare Lohnsumme für die vermittelten Ausbeiner seinen Betriebsunterlagen entnehmen konnte. Abrechnungen für die einzelnen Metzger konnte er nur für das Jahr 1980 vorlegen. Weitere Aufzeichnungen hat er offenbar nicht gefertigt und weder gegenüber der Beklagten noch im Klage- oder Berufungsverfahren vorgelegt. Auch wenn die Beklagte daher nur für 1980 den Beitragsbescheid mit einer detaillierten Berechnung unter namentlicher Benennung der ausgeliehenen Metzger und der gezahlten Löhne versehen konnte, ist der ihr obliegende Beweis auch für die Jahre 1978 und 1979 angesichts der Versäumnisse des Klägers als geführt anzusehen.

Die somit nach Grund und Höhe rechtmäßigen Beitragsbescheide der Beklagten waren auch aus verfahrensrechtlichen Gründen nicht aufzuheben. Bei Einleitung eines Verwaltungsverfahrens über das Bestehen von Versicherungs- bzw. Beitragspflicht sind die Betroffenen zwar von der Einzugsstelle zu benachrichtigen, soweit sie ihr bekannt sind (§ 12 Abs. 2 Satz 2 2. Halbs. Sozialgesetzbuch 10. Buch – SGB 10 –). Eine unterbliebene Benachrichtigung kann an sich nur im Widerspruchsverfahren nachgeholt werden ([§ 41 Abs. 1 Nr. 6, Abs. 2 SGB 10](#)). Die Aufhebung des Verwaltungsaktes wegen der unterbliebenen Benachrichtigung ist im Gerichtsverfahren jedoch nur dann möglich, wenn

die Betroffenen eine Beteiligung im Verwaltungsverfahren nachträglich ausdrücklich wünschen. Verneinen sie die Frage oder geben sie keine Erklärung ab, wie die Verfahrensbeteiligten, scheidet eine Aufhebung des Verwaltungsaktes wegen der unterbliebenen Benachrichtigung aus (BSG, in SozR 1300 Nr. 1 zu [§ 12 SGB 10](#)).

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 Abs. 2 und 4 SOG, diejenige über die Nichtzulassung der Revision auf [§ 160 Abs. 2 SGG](#). Der Senat ist insbesondere nicht von der Entscheidung des BSG vom 27. Mai 1986 - [2 RU 62/84](#) - abgewichen, da diese Entscheidung die gesetzliche Unfallversicherung betraf (ebenso Urteil des BSG vom 25. Oktober 1990 - [12 RK 10/90](#)), auf tatsächlichen Feststellungen beruhte, die den vom Senat getroffenen nicht in allen wesentlichen Punkten entsprachen und insbesondere die Frage der Arbeitnehmerüberlassung bzw. der Arbeitsvermittlung als für das Problem der Unternehmereigenschaft des Klägers in der gesetzlichen Unfallversicherung (§ 658 Abs. 2 RVO) unbedeutend ausgeklammert hatte.

Rechtskraft

Aus

Login

HES

Saved

2008-09-25