

## L 16 (4,5) R 84/06

Land  
Nordrhein-Westfalen  
Sozialgericht  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
16  
1. Instanz  
SG Duisburg (NRW)  
Aktenzeichen  
S 25 RJ 50/03  
Datum  
27.03.2006  
2. Instanz  
LSG Nordrhein-Westfalen  
Aktenzeichen  
L 16 (4,5) R 84/06  
Datum  
14.08.2008  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Auf die Berufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 27.03.2006 geändert und der Bescheid der Beklagten vom 19.08.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.07.2003 hinsichtlich der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Beigeladenen zu 1) bis 5) aufgehoben. Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger für die Beigeladenen zu 1) bis 5) Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von insgesamt 4.086,97 EUR nach zu entrichten hat, insbesondere, ob die o. g. Mitarbeiterinnen kurzfristig beschäftigt gewesen sind.

Der Kläger hat als Pächter von 1990 bis zum 30.09.2001 in F das Lokal "X" als Hauptbetrieb (Betriebs-Nr. 000) und das Restaurant "A" als Unterbetrieb (Betriebs-Nr. 00) geführt; das letztgenannte besteht unter seiner Leitung weiterhin fort. Für die "X" hatte der Kläger zunächst einen 5-Jahres-Pachtvertrag abgeschlossen. Wegen einer geplanten anderen Verwendung des im Eigentum der Stadt F stehenden Gebäudes, in dem die Räumlichkeiten der "X" lagen, wurde ihm nur noch ein Jahresvertrag gewährt. Daran schlossen sich ein Halbjahresvertrag und zuletzt Pachtverträge von einer Dauer von jeweils 3 Monaten an. Im Juli 2001 wurde das Pachtverhältnis seitens der Stadt F endgültig zum 30.09.2001 beendet.

Die Beigeladenen zu 1) bis 5) waren in den Betrieben des Klägers seit 1999 bzw. seit 2000 als Aushilfen tätig. Die Beigeladenen zu 4) und 5), die zur damaligen Zeit bereits Rentnerinnen waren, wurden stundenweise im Garderobebereich der "X" eingesetzt. Zuvor war dort bis Oktober 1998 eine fest angestellte Mitarbeiterin tätig gewesen. Die Beigeladenen zu 1) bis 3) waren aushilfsweise - neben einer Hauptbeschäftigung - für den Kläger tätig, die Beigeladene zu 1) ebenfalls im Garderobebereich und die Beigeladene zu 3) im Service der "X". Der aushilfsweise Einsatz der Beigeladenen zu 2) erfolgte als Spülkraft in dem Unterbetrieb "A". Einen schriftlichen Arbeitsvertrag schloss der Kläger mit keiner der Aushilfen. Auf einem jährlich auszufüllenden Personalfragebogen, überschrieben mit "Aushilfen", hatten die Beigeladenen zu 1) bis 5) jedoch anzugeben, ob sie neben der Tätigkeit bei dem Kläger einen Hauptberuf ausübten bzw. Rentner oder Versorgungsempfänger und wie sie krankenversichert seien. Auf den Fragebögen trug der Kläger jeweils vor Unterschriftsleistung durch die Beigeladenen zu 1) bis 5) handschriftlich den Zusatz "Saisonbeschäftigung/50-Tage-Regelung nach Arbeitseinsatz" bzw. "befristet" ein. Der Kläger, der die genannten Mitarbeiterinnen nachfolgend im zeitlich vorgegebenen Rahmen für kurzzeitig Beschäftigte einsetzte, entrichtete keine Sozialversicherungsbeiträge für diese.

Am 07.08.2002 führte die Beklagte in den beiden Lokalen des Klägers eine Betriebsprüfung durch, die sich auf den Zeitraum vom 01.09.1998 bis zum 30.09.2001 erstreckte. Sie errechnete eine Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von 5.139,56 EUR und erließ am 19.08.2002 einen entsprechenden Nachforderungsbescheid unter der Betriebs-Nr. 35720631 ("X") über diesen Betrag. Zur Begründung der Nachforderung in Höhe von 4.086,97 EUR bezüglich der Beigeladenen zu 1) bis 5) führte sie aus, dass für die im Prüfungszeitraum als kurzfristig Beschäftigte geführten Mitarbeiterinnen weder ein Vertrag über die Begrenzung der Tätigkeit im vorhinein noch ein Rahmenarbeitsvertrag habe vorgelegt werden können. Ebenso sei die Tätigkeit nicht nach ihrer Eigenart begrenzt gewesen. Auch wenn nur ein Arbeitseinsatz von maximal fünfzig Tagen im Jahr erfolgt sei, liege eine kurzfristige Tätigkeit nicht vor. Hinsichtlich der Beigeladenen zu 4) und 5) sei vielmehr eine geringfügige Tätigkeit gegeben gewesen, für die Pauschalbeiträge zur gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung (KV/RV) zu entrichten seien. Hinsichtlich der Beigeladenen 1) bis 3), die neben der Aushilfstätigkeit noch eine Hauptbeschäftigung ausgeübt hätten, habe Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung mit Ausnahme der Arbeitslosenversicherung bestanden. Für die Beigeladene zu 4), die vom 01.04.1999 bis zum 30.06.1999, vom 01.08.1999 bis zum 29.02.2000, vom 01.06.2000 bis zum 30.09.2000, vom 01.11.2000 bis zum 31.12.2000, vom 01.02.2001 bis zum 31.03.2001 und im Sept. 2001 an der Garderobe der "X" tätig gewesen war, errechnete die Beklagte rückständige Pauschalbeiträge zur KV und RV, ausgehend von

einer geringfügigen Tätigkeit, in Höhe von 826,54 EUR, für die Beigeladene zu 5) in Höhe von 458,03 EUR, betreffend die Aushilfstätigkeiten in der Zeit vom 01.04.1999 bis 31.12.1999, vom 01.04.2000 bis zum 30.06.2000 und vom 01.09.2000 bis zum 31.10.2000 sowie im Dezember 2000 und vom 01.04.2001 bis zum 31.05.2001. Für die Beigeladene zu 1), die vom 01.04.1999 bis zum 30.06.1999, vom 01.08.1999 bis zum 30.04.2000, vom 01.09.2000 bis zum 31.12.2000, vom 01.02.2001 bis zum 31.03.2001 sowie im September 2001 aushilfsweise im Garderobenbereich der "X" eingesetzt gewesen war, ergab sich nach der Berechnung der Beklagten eine Nachforderung von Beiträgen zur KV, Pflegeversicherung (PV) und RV in Höhe von 1.138,35 EUR. Der Nachzahlungsbetrag für die Beigeladene zu 2), betreffend ihre Tätigkeit als Spülkraft vom 01.03.2000 bis 31.12.2000 und vom 01.04.2001 bis zum 31.08.2001, lag bei 768,85 EUR. Bezüglich der Beigeladenen zu 3), die im Zeitraum vom 01.12.1999 bis zum 30.04.2000, vom 01.07.2000 bis zum 31.12.2000 sowie vom 01.02.2001 bis zum 31.03.2001 im Service der "X" aushilfsweise tätig gewesen war, ermittelte die Beklagte eine Nachforderung in Höhe von 895,20 EUR.

Beschränkt auf die Feststellung der Beitragspflicht der Beigeladenen zu 1) bis 5) legte der Kläger gegen den o. g. Bescheid Widerspruch ein. Zur Begründung machte er geltend, dass er mit den Aushilfskräften ausdrücklich Vereinbarungen über eine kurzfristige Beschäftigung ("50-Tage-Regelung") abgeschlossen habe. Da es sich bei seinen Betrieben um Saisonbetriebe handele, sei er auf Mitarbeiter angewiesen gewesen, die kurzfristig in Stoßzeiten zum Einsatz gerufen werden konnten. Zum Einstellungstermin April 1999 sei ihm trotz intensiver Nachfrage nicht bekannt gewesen, dass ein schriftlicher Rahmenarbeitsvertrag erforderlich sei. Auch nach damaliger Auffassung der RV-Träger sei die Schriftform für eine befristete Tätigkeit nicht zwingend gewesen. Eine Kurzfristigkeit der Tätigkeit ergebe sich auch aus Umstand, dass die Fortsetzung des Betriebes "X" ungewiss gewesen sei. Alle Aushilfen seien zudem wirtschaftlich nicht auf die Tätigkeit in seinen Betrieben angewiesen gewesen.

Mit Widerspruchsbescheid vom 08.07.2003 wies die Beklagte den Widerspruch als unbegründet zurück. Die Sach- und Rechtslage sei in dem angefochtenen Bescheid zutreffend beurteilt worden.

Zur Begründung seiner am 29.07.2003 zum Sozialgericht (SG) Duisburg erhobenen Klage hat der Kläger nochmals hervorgehoben, dass die Aushilfen lediglich sporadisch zwecks Unterstützung der fest angestellten Mitarbeiter beschäftigt worden seien. Die Absprache über den jeweiligen Einsatz sei kurzfristig in Abhängigkeit von der Wetterlage und zusätzlichen Besonderheiten, wie Feiertagen oder besonderen Veranstaltungen, erfolgt. Die Zeitgrenze von fünfzig Tagen sei in keinem Fall überschritten worden. Zwischen den Saisoneinsätzen der Beigeladenen zu 1) bis 5) habe regelmäßig eine Unterbrechung von mehr als zwei Monaten gelegen. Die von vornherein gegebene zeitliche Begrenztheit der Tätigkeit ergebe sich eindeutig aus der Art des Betriebes und der Betriebsstruktur. Zu berücksichtigen sei zudem, dass er, der Kläger, bereits ab 1999 nicht mehr mit hinreichender Sicherheit gewusst habe, wie lange das Pachtverhältnis für die "X" noch fortgeführt werden könne. Auch seinen Mitarbeitern sei insoweit bekannt gewesen, dass die Stadt F einen Umbau des Gebäudes geplant habe und daher nicht absehbar gewesen sei, ob und für welchen Zeitraum der Pachtvertrag noch verlängert werden würde. Auch hieraus ergebe sich, dass von einer Kontinuität der Einsätze gerade keine Rede sein könne, sondern die Beschäftigungsverhältnisse im vornherein begrenzt gewesen seien. Der Kläger hat außerdem geltend gemacht, dass nicht maßgeblich sein könne, welchen Vordruck er bei der Anstellung der Beigeladenen zu 1) bis 5) benutzt habe. Entscheidend seien vielmehr die tatsächlichen Verhältnisse, aus denen sich eindeutig eine Saisonbeschäftigung ergebe. Ein kontinuierlicher Bedarf sei gerade nicht gegeben gewesen. Aus den Kassenzetteln ergäben sich im Einzelnen die Einsatzzeiten, da die Aushilfen nach jedem Einsatz bar entlohnt worden seien. Der Kläger hat hierzu beispielhaft eine Aufstellung über den Einsatz der Beigeladenen zu 4) im Jahr 2000 vorgelegt sowie die Kassenabrechnungen für 2000 für die Tage, an denen die Beigeladenen zu 3) und 4) eingesetzt gewesen sind, und die Abrechnung für den Dezember 1999 für die Beigeladene zu 3). Alle Lohnunterlagen, Kassen- und Tagesbelege seien bei der Betriebsprüfung vorhanden gewesen und vorgelegt worden.

Der Kläger hat beantragt,

den Bescheid vom 19.08.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.07.2003 hinsichtlich der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Beigeladenen zu 1) bis 5) aufzuheben.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie ist weiterhin der Auffassung gewesen, dass der Hinweis "Saisonbeschäftigung" bzw. "50-Tage-Regelung" auf den Personalbögen nicht als Nachweis bzw. vertragliche Regelung für eine kurzfristige Vereinbarung ausreiche. Die Zeitgrenze von fünfzig Tagen sei zwar bei keinem der streitigen Beschäftigungsverhältnisse überschritten worden. Eine Saisonbeschäftigung liege aber nur vor, wenn die Tätigkeit nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflege, wie dies z. B. auf Ernteeinsätze in der Landwirtschaft zutrefte. Selbst in diesen Fällen seien jedoch Vordrucke zu verwenden, die die Zeitgrenze der Beschäftigungsdauer genau festlegten. Durch den vorgelegten Fragebogen könne nicht nachgewiesen werden, dass eine Begrenzung der Tätigkeit im vornherein vorgenommen worden sei. Es lägen vielmehr Dauerbeschäftigungen vor. Beide Unternehmen seien ganzjährig geöffnet gewesen. Aus ihrer, der Beklagten, Sicht habe es sich um regelmäßige, über Jahre hinweg dauernde und auf ständige Wiederholung ausgerichtete Beschäftigungsverhältnisse gehandelt. Auch der Umstand, dass die Tätigkeit im Garderobenbereich klimaabhängig sei, schließe eine regelmäßige Tätigkeit nicht aus, weil sich auch Witterungsbedingungen regelmäßig wiederholten. Die Befristung von Pachtverträgen entspreche üblicher Praxis und führe nicht automatisch zu einer Befristung der Beschäftigungsverhältnisse.

Zwar sei die Beitragserhebung für die Beigeladene zu 2) unter der Betriebsnummer des Hauptbetriebes "X" erfolgt, hieraus würden sich aber keine versicherungs- oder beitragsrechtlichen Konsequenzen ergeben. Beide Betriebe seien geprüft worden und aus den Nachrechnungsunterlagen sei auch erkennbar, inwieweit es sich um eine Forderung des Haupt- bzw. des Unterbetriebes gehandelt habe. Eine separate Bescheiderteilung sei insoweit nicht erforderlich.

Ohne einen eigenen Antrag zu stellen, haben die Beigeladenen zu 1) bis 5) folgende Angaben gemacht: Die Beigeladene zu 1) hat geltend gemacht, dass sie lediglich stundenweise und sporadisch eingesetzt worden sei. Ein Abruf sei erfolgt, wenn außergewöhnlicher Bedarf, etwa bei Karnevalsveranstaltungen oder sonstigen größeren Ereignissen, vorhanden gewesen sei. An die genauen Termine der Einsätze könne sie sich nicht mehr erinnern. Sie sei immer davon ausgegangen, dass sie nur im Rahmen einer kurzfristigen Beschäftigung beim Kläger tätig

gewesen sei. Über ihre Einsätze für den Kläger hat die Beigeladene zu 2) angegeben, dass diese nicht auf der Grundlage eines schriftlichen Arbeitsvertrages erfolgt seien. Ihr Einsatz sei sporadisch, je nach Bedarf an Feiertagen, Wochenenden oder besonders warmen Tagen jeweils vorher mündlich abgesprochen worden. Die Beigeladene zu 3) hat erklärt, dass sie mit dem Kläger eine kurzfristige saisonale Beschäftigung vereinbart habe, auf deren Grundlage sie bei besonderem Personalbedarf kurzfristig gearbeitet habe. Von einer stundenweisen Tätigkeit nach Bedarf hat auch die Beigeladene zu 4) berichtet. Diese Tätigkeit habe der Aufstockung ihrer niedrigen Rente gedient. Ähnlich hat sich auch die Beigeladene zu 5) geäußert. Diese hat geltend gemacht, dass sie als Garderobenfrau gearbeitet habe, um ihre Rente aufzubessern. Sie sei an Wochenenden oder Feiertagen je nach Wetterlage und wenn sie selbst Zeit gehabt habe, eingesetzt worden. Häufig habe sie schon aus gesundheitlichen Gründen absagen müssen. Der Kläger habe ihr mehrfach erzählt, dass er keine Verlängerung seines Pachtvertrages für die "X" mehr erhalte und daher jeder Einsatz der letzte sein könne. Die Beigeladene zu 6) und 7) als zuständige Kranken- und Pflegekasse der Beigeladenen zu 1) sind der Auffassung gewesen, dass angesichts der sich wiederholenden Tätigkeiten für den Kläger von einer regelmäßigen Beschäftigung auszugehen sei und zudem eine "berufsmäßige" Ausübung vorliege, weil die Beigeladene zu 1) noch eine versicherungspflichtige Hauptbeschäftigung ausgeübt habe. Diese Berufsmäßigkeit schließe die Anwendung des [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 Sozialgesetzbuch Viertes Buch \(SGB IV\)](#) aus.

Bezüglich der bei ihr versichert gewesenen Beigeladenen zu 5) haben die Beigeladenen zu 8) und 9) geltend gemacht, bei dieser sei wegen ihrer Angaben zu Alter und Gesundheitszustand nicht von einer langfristig geplanten Tätigkeit auszugehen. Es liege keine regelmäßige Tätigkeit, sondern eine Befristung aufgrund der Eigenart der Beschäftigung bzw. der Natur der Sache vor.

Mit Urteil ohne mündliche Verhandlung vom 27.03.2006 hat das SG nach Erteilung entsprechender Einverständniserklärungen der Beteiligten die Klage abgewiesen. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt: Es sei bezüglich der Beigeladenen zu 1) bis 5) eine regelmäßige Beschäftigung und damit eine geringfügige Tätigkeit nach [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) zu bejahen. Die Beigeladene zu 1) habe bei dem Kläger im Zeitraum von April 1999 bis Sept. 2001 mit Ausnahme der Monate Juli 1999, Mai bis August 2000 und April bis August 2001, also in insgesamt 20 Monaten, mehrfach im Monat gearbeitet. Unerheblich sei insoweit, dass die genaue Anzahl und das exakte Datum der Arbeitseinsätze im Voraus nicht absehbar gewesen seien, da die grundsätzliche Bereitschaft zur regelmäßigen Zusammenarbeit von Auftraggeber und Auftragnehmer auch dann anzunehmen sei, wenn nicht im Voraus feststehe, an welchen konkreten Tagen der Arbeitseinsatz erfolgen solle, sondern dieser von Mal zu Mal vereinbart werde. Ausreichend sei insoweit, dass der Kläger und die Beigeladene zu 1. übereinstimmend von einer gewissen Anzahl monatlicher Arbeitseinsätze über einen längeren Zeitraum ausgegangen seien, da die Tätigkeit im Garderobebereich grundsätzlich regelmäßig anfallt. Die Beschäftigungspausen von bis zu vier Monaten im Jahr stünden insoweit einer regelmäßigen Tätigkeit nicht entgegen, da keine vertragliche Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses vorgelegen habe und die zeitlichen Lücken nur deshalb eingetreten seien, weil während dieser Zeit vermehrt die anderen Aushilfskräfte eingesetzt worden seien. Es liege insoweit eine kettenartige Aneinanderreihung von Aushilfstätigkeiten vor, die insgesamt der Regelmäßigkeit der Beschäftigung nicht entgegenstehe.

Auch für die Beigeladene zu 2), die bis auf eine Arbeitspause von Januar bis März 2001 in der Zeit vom 01.03.2000 bis zum 31.08.2001, also insgesamt 15 Monate als Spülkraft im Unterbetrieb "A" neben ihrer Hauptbeschäftigung tätig gewesen sei, könne unter Berücksichtigung dieser Kriterien eine regelmäßige geringfügige Beschäftigung angenommen werden. Sie sei zwar ebenfalls nicht an bestimmten Wochentagen oder zu bestimmten Kalenderdaten für den Kläger tätig gewesen, habe aber davon ausgehen können, dass sie wiederholt bei bestimmten Bedarfslagen (Busse) und nicht nur sporadisch vom Kläger eingesetzt werde. Dies gelte auch für die Beigeladene zu 3), die in dem Zeitraum vom 01.12.1999 bis zum 31.03.2001, also auch in einem Zeitraum von mehr als einem Jahr, lediglich mit einer Pause von Mai bis Juli 2000 sowie im Januar 2001 mehrmals monatlich im Servicebereich der "X" beschäftigt gewesen sei. Aus den vom Kläger überreichten Unterlagen ergebe sich insoweit, dass sie zwischen fünf bis sieben Mal im Monat eingesetzt gewesen sei. Auch die Beigeladenen zu 4) und 5) seien über einen Zeitraum von mehr als zwei Jahren regelmäßig mehrmals im Monat, unterbrochen von ein- bis fünfmonatiger Beschäftigungspause, im Garderobebereich tätig gewesen. Von einem nur sporadischen Einsatz könne bei dieser Beschäftigungsdauer, auch wenn einzelne Arbeitseinsätze erkrankungsbedingt nicht geleistet werden konnten, nicht ausgegangen werden. Tatsächlich sei die Arbeit im Garderobebereich der "X" entgegen der Aussage des Klägers auch nicht saisonbedingt angefallen, denn in den Jahren 1999 und 2000 sei durchgehend zumindest eine der drei in diesem Bereich beschäftigten Beigeladenen für den Kläger mehrfach monatlich tätig geworden. Lediglich von Juni bis Aug. 2001 sei in diesem Bereich keine der beigeladenen Aushilfen tätig gewesen. Hieraus folge, dass es sich bei der Tätigkeit im Garderobebereich gerade nicht um eine Tätigkeit handle, die aus der Natur der Sache nur in bestimmten Monaten anfallt und daher keine regelmäßige Beschäftigung zulasse. Dies gelte auch für die Tätigkeiten der Beigeladenen zu 2) als Spülkraft bzw. der Beigeladenen zu 3) im Service der "X", da auch diese Tätigkeiten im Küchenbereich bzw. im Service nicht grundsätzlich nur in bestimmten Monaten der ganzjährig geöffneten Betriebe angefallen, sondern regelmäßig benötigt worden seien, wenn besonders viele Gäste erwartet worden oder fest angestellte Mitarbeiter ausgefallen seien. Die Unbeachtlichkeit der Arbeitspausen ergebe sich auch daraus, dass anderenfalls erhebliche Manipulationsmöglichkeiten bestünden, wenn Arbeitgeber für eine Aushilfstätigkeit verschiedene Arbeitskräfte auf Abruf beschäftigen und durch die Art und Weise der Anforderung dieser Abrufkräfte erreichen könnten, dass jeder die vom Gesetz zulässigen fünfzig Tage nicht überschreite. Jedenfalls dann, wenn wie hier ein weitergehender Einsatz der Aushilfskräfte nach der Arbeitspause beabsichtigt sei, müsse daher davon ausgegangen werden, dass ein einheitlich zu beurteilendes Beschäftigungsverhältnis vorliege und die zeitliche Lücke eine regelmäßige Tätigkeit nicht ausschließe. Ausreichend für die Annahme einer regelmäßigen Tätigkeit sei insoweit, dass die Beteiligten übereinstimmend von einer gewissen Anzahl von Arbeitseinsätzen im Monat ausgegangen seien, ohne dass die genaue Anzahl und der genaue zeitliche Abstand im Voraus feststehen müssten. Wenn dies, wie hier bei den Beigeladenen zu 1) bis 5), der Fall gewesen sei, könne nicht nur von einer gelegentlichen Tätigkeit im Sinne des [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) ausgegangen werden.

Eine Regelmäßigkeit der Tätigkeit werde schließlich auch nicht dadurch ausgeschlossen, dass die vom Kläger abgeschlossenen Pachtverträge zeitlich begrenzt gewesen seien und daher nicht sicher gewesen sei, ob diese Verträge verlängert werden würden. Ausreichend sei insoweit, dass in der Retrospektive die Verträge jedenfalls bis zum 30.09.2001 immer wieder verlängert worden seien, also eine Verlängerung möglich und daher die Verlängerung der Beschäftigung gerade nicht durch das Ende des Pachtvertrages ausgeschlossen gewesen sei.

Die angefochtenen Bescheide stellten damit zutreffend die Beitragspflicht des Klägers fest. Sie seien auch nicht deshalb rechtswidrig, weil die Beitragserhebung für die Beigeladene zu 2) im Nachforderungsbescheid unter der Betriebsnummer der "X" erfolgt sei, da aus den Nachrechnungsunterlagen ersichtlich sei, dass es sich um eine zum Unterbetrieb "A" zugehörige Nachforderung handle und sich die

Betriebsprüfung und damit auch der Beitragsbescheid auf beide Betriebe bezogen hätten.

Gegen das seiner Prozessbevollmächtigten am 20.04.2006 zugestellte Urteil hat der Kläger am 12.05.2006 Berufung eingelegt, zu deren Begründung er im Wesentlichen auf sein bisheriges Vorbringen Bezug nimmt. Ergänzend trägt er vor, er habe in seiner mehr als vierzigjährigen selbständigen Tätigkeit außer in dem hier streitgegenständlichen Zeitraum nie auf kurzzeitig Beschäftigte zurückgegriffen. Die Besonderheit habe insbesondere in dem Fehlen jeglicher Planungssicherheit bezüglich der Fortführung der "X" gelegen. Die Zukunft des historischen Gebäudes, in dem die "X" gelegen hätten, von Abriss und Neubau bis Sanierung sei über einen sehr langen Zeitraum umstritten gewesen. Der Pachtvertrag sei für immer kürzere Zeiträume und zu immer späteren Zeitpunkten erfolgt. Auch habe er im Hinblick auf die sich stetig verschlechternde wirtschaftliche Situation der "X", deren Umsatz unter der ungewissen Zukunft gelitten habe, nicht gewusst, ob er diese - unabhängig von einer Verlängerung des Pachtvertrages - überhaupt fortführen könne und wolle. Er habe unter Wahrung der Kündigungsfristen auch vor jedem bevorstehenden Ablauf des jeweils aktuellen Pachtvertrages seinen fest angestellten Mitarbeitern kündigen und diese nach einer jeweiligen Verlängerung wieder einstellen müssen. Im Laufe der Zeit hätten sich aber einige Mitarbeiter umorientiert und nach anderen Arbeitsplätzen gesucht. Die Zahl der Festangestellten habe daher stetig abgenommen. Bei sinkenden Umsätzen sei zugleich immer weniger Personal benötigt worden. In dieser Situation habe er auf kurzzeitig Beschäftigte zurückgreifen müssen. Bei dem Restaurant "A" handele es sich, wie auch bei den "X", um Betriebe, die saisonal unterschiedlich ausgelastet seien und zudem unter Umsatzrückgängen gelitten hätten bzw. leiden würden.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Duisburg vom 27.03.2006 zu ändern und den Bescheid der Beklagten vom 19.08.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.07.2003 hinsichtlich der Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Beigeladenen zu 1) bis 5) aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie bezieht sich zur Begründung auf die ihrer Auffassung nach auch unter Berücksichtigung des Ergebnisses der zweitinstanzlich durchgeführten Beweisaufnahme zutreffenden Entscheidungsgründe des angefochtenen Urteils. Gegen eine Befristung der Beschäftigungsverhältnisse spreche, dass diese nicht zu einem feststehenden Zeitpunkt geendet hätten. Es sei vielmehr von Dauerarbeitsverhältnissen auszugehen, bei denen die Beteiligten allenfalls die Terminabsprachen jeweils vorher getroffen, sich jedoch nicht von Anfang an auf ein zeitgeringfügiges Beschäftigungsverhältnis verständigt hätten.

Die übrigen Beteiligten stellen keine eigenen Anträge.

Der Senat hat ergänzend die Beigeladenen zu 1), 3) und 4) befragt sowie die Tochter der Beigeladenen zu 5), B C, den Steuerberater des Klägers, K H, und dessen Mitarbeiterin C L als Zeugen vernommen. Wegen des Ergebnisses der Beweisaufnahmen wird auf die Niederschriften der nichtöffentlichen Sitzungen des Senates vom 25.06. und 14.08.2008 Bezug genommen.

In der mündlichen Verhandlung vom 14.08.2008 haben sich die Beteiligten damit einverstanden erklärt, dass die Berichterstatterin - nach Herstellung der Öffentlichkeit - in der Sache als Einzelrichterin entscheidet.

Wegen der weiteren Einzelheiten der Sach- und Rechtslage sowie des Vorbringens der Beteiligten im Einzelnen wird auf den Inhalt der Prozess- sowie der Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen, die ihrem wesentlichen Inhalt nach Gegenstand der Erörterung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat durch die Berichterstatterin entscheiden können, denn die Beteiligten haben sich mit einer Einzelrichterentscheidung gemäß [§ 155 Abs. 3](#) und 4 Sozialgerichtsgesetz (SGG) einverstanden erklärt.

Die zulässige, insbesondere fristgerecht eingelegte Berufung des Klägers ist begründet. Das SG hat zu Unrecht mit Urteil vom 27.03.2006 die Klage abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 19.08.2002 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.07.2003 ist hinsichtlich der allein streitgegenständlichen Nachforderung von Sozialversicherungsbeiträgen für die Beigeladenen zu 1) bis 5) rechtswidrig. Für die Beigeladenen zu 4) und 5) sind keine pauschalen Beiträge zur KV und RV nach [§ 249 b](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V) in der vom 1.4.1999 bis zum 31.3.2003 geltenden Fassung des Art. 3 Nr. 4 des Gesetzes zur Neuregelung der geringfügigen Beschäftigungsverhältnisse (BeschNeuRG) vom 24.03.1999 ([BGBl I 388](#)) und [§ 172 Abs. 3](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) in der vom 1.4.1999 bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung von Art. 4 Nr. 25 lit. b des BeschNeuRG zu entrichten, weil diese bei dem Kläger kurzfristig im Sinne des [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) (in der vom 1.4.1999 bis zum 31.12.2001 geltenden Fassung des Art. 1 Nr. 2 lit. a des BeschNeuRG) beschäftigt gewesen sind. Für die im Hauptberuf nicht geringfügig beschäftigten Beigeladenen zu 1) bis 3) hat aus demselben Grund keine Versicherungspflicht in der RV nach [§ 1 S. 1, § 5 Abs. 2 SGB VI](#) (in der vom 1.4.1999 bis zum 6.11.2001 geltenden Fassung), [§ 8 Abs. 2 SGB IV](#) a. F. bzw. in der KV nach [§§ 5, 7 SGB V](#) (in der vom 1.4.1999 bis zum 31.3.2003 geltenden Fassung) und in der PV nach [§ 20 SGB XI](#) bestanden.

Die Voraussetzungen des [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) in der maßgeblichen Fassung des Art. 1 Nr. 2 lit. a des BeschNeuRG liegen vor. Danach ist eine geringfügige Beschäftigung gegeben, wenn

1. die Beschäftigung regelmäßig weniger als fünfzehn Stunden in der Woche ausgeübt wird und das Arbeitsentgelt regelmäßig im Monat 630 Deutsche Mark nicht übersteigt,
2. die Beschäftigung innerhalb eines Jahres seit ihrem Beginn auf längstens zwei Monate oder fünfzig Arbeitstage nach ihrer Eigenart

begrenzt zu sein pflegt oder im voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 630 Deutsche Mark im Monat übersteigt.

In dem vorliegenden besonderen Einzelfall ist der Senat davon überzeugt, dass eine die Abführung von Sozialversicherungsbeiträgen ausschließende Tätigkeit der Beigeladenen zu 1. bis 5. nach [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) a. F. vorgelegen hat. Dies ergibt sich unter verständiger Würdigung des Vorbringens des Klägers, der Angaben der zweitinstanzlich nochmals umfassend befragten Beschäftigten, der ergänzend vernommenen, der beigezogenen Unterlagen und der besonderen Ortskunde und lokalpolitischen Kenntnisse des Senates.

Wie das SG insoweit zutreffend ausgeführt hat, erfolgt nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) die Abgrenzung zwischen den beiden Regelungen der Nr. 1 und Nr. 2 des [§ 8 Abs. 1 SGB IV](#) a. F. danach, ob eine Beschäftigung regelmäßig (dann gilt Nr. 1) oder nicht regelmäßig - also nur gelegentlich (dann gilt Nr. 2) - ausgeübt wird (vgl. BSG Sozialrecht -SozR- 3-2400 § 8 Nr. 4 m. w. N.). Regelmäßig ist danach eine Beschäftigung, die von vornherein auf ständige Wiederholung gerichtet ist und über mehrere Jahre hinweg ausgeübt werden soll (BSG [SozR 3-2400 § 8 Nr. 3](#)). Das Merkmal der Regelmäßigkeit ist auch dann erfüllt, wenn der Beschäftigte zu den sich wiederholenden Arbeitseinsätzen auf Abruf bereit steht, ohne verpflichtet zu sein, jeder Aufforderung zur Arbeitsleistung Folge zu leisten (BSG [SozR 3-2400 § 8 Nr. 4](#)). Für die Beurteilung des Merkmals der Regelmäßigkeit ist in erster Linie dabei keine (ausschließlich) vorausschauende Betrachtungsweise vorzunehmen, sondern der Wille der Beteiligten zu einer regelmäßigen Beschäftigung kann vielmehr häufig erst in der Retrospektive deutlich werden (BSG a. a.O.). Ausreichend ist dabei, dass die Arbeit nicht unvorhersehbar in wechselnder Häufigkeit und zu verschiedenen Zeiten übernommen wurde (BSG [SozR 3-2400 § 8 Nr. 3](#)).

Die Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1) bis 5) waren zum Zeitpunkt ihrer jeweiligen Aufnahme nach den eingetretenen, im Einzelnen aufgeführten Unterbrechungen innerhalb eines Jahres seit ihrem Beginn auf längstens fünfzig Arbeitstage begrenzt. Nicht in einem einzigen Fall sind die Beigeladenen zu 1) bis 5) in den genannten Zeitrahmen mehr als fünfzig Arbeitstage für den Kläger tätig geworden. Dies entspricht bereits dem Ergebnis der Ermittlungen der Beklagten vor Erlass des angefochtenen Bescheides und unterliegt nach dem Ergebnis der Beweisaufnahme keinen Zweifeln. Dieser befristete Umfang der Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1. bis 5. für den Kläger war zur Überzeugung des Senates auch von vornherein vertraglich festgelegt. Zwar haben die Beteiligten keine schriftlichen förmlichen Arbeitsverträge geschlossen, obwohl sich das Schriftformerfordernis für befristete Arbeitsverhältnisse aus § 2 Abs. 1 S. 1 des Gesetzes über den Nachweis der für ein Arbeitsverhältnis geltenden wesentlichen Bedingungen (Nachweisgesetz - NachwG) in der ab dem 01.04.1999 geltenden Fassung ergibt. Danach hat der Arbeitgeber spätestens einen Monat nach dem vereinbarten Beginn des Arbeitsverhältnisses die wesentlichen Vertragsbedingungen schriftlich niederzulegen, die Niederschrift zu unterzeichnen und dem Arbeitnehmer auszuhändigen. Die Beteiligten haben sich jedoch, wovon sich der Senat durch die zweitinstanzlich durchgeführte Beweisaufnahme überzeugen konnte, vor dem jeweiligen Beginn eines befristeten Arbeitsverhältnisses über die wesentlichen Bedingungen der Tätigkeit, insbesondere über den Umstand, dass maximal fünfzig Arbeitstage im Jahr gearbeitet werden sollten, geeinigt. Dies ergibt sich aus den vom Kläger zu Beginn eines jeden Arbeitsabschnitts erneut ausgefüllten Formularen, die er mit dem Zusatz "Saisonbeschäftigung/50-Tage-Regelung nach Arbeitseinsatz" bzw. "befristet" versehen hat. Den Beigeladenen zu 1. bis 5. war dieser Zusatz bekannt, denn sie haben die Formulare erst nach dem vollständigen Ausfüllen unterschrieben. Eine Befragung der Beigeladenen bzw. die Vernehmung der Tochter der Beigeladenen zu 5), B C, als Zeugin haben ergeben, dass die Häufigkeit der Arbeitseinsätze vorab Gegenstand der Vertragsverhandlungen gewesen und die Beschränkung der Einsätze einvernehmlich verabredet worden ist. Die Regelung hat dabei nachvollziehbar nicht nur im Interesse des Klägers gelegen, der die Aushilfen nur bei besonderen Belastungsspitzen bzw. bei Ausfall von Stammpersonal benötigte. Vielmehr war den Beigeladenen zu 1. bis 5. entweder wegen ihres fortgeschrittenen Alters bzw. wegen der zugleich in Vollzeit ausgeübten Hauptbeschäftigung ebenfalls nicht an einer Ausweitung der Tätigkeiten für den Kläger gelegen. Alle Beigeladenen bzw. die Zeugin C für die Beigeladene zu 5. haben angegeben, dass sie auch immer wieder wegen Krankheit oder altersbedingter Überlastung bzw. wegen Erfordernissen der Haupttätigkeit vom Kläger gewünschte Einsätze absagen mussten.

Eine Regelmäßigkeit der Tätigkeiten ist schließlich auch nicht aus dem Umstand abzuleiten, dass die Beigeladenen zu 1. bis 5. letztlich zum Teil - mit Unterbrechungen - über mehrere Jahre für den Kläger tätig geworden sind. Anhaltspunkte dafür, dass zu Beginn der Beschäftigung eine mehrere Jahre umfassende Rahmenvereinbarung getroffen wurde, sind nicht ersichtlich. Wie der Kläger, die Beigeladenen zu 1., 3. bis 5. und die Zeugen C, H und L übereinstimmend angegeben haben, war während des Verlaufs der jedes Mal neu begründeten Beschäftigungsverhältnisse nicht zu erwarten, dass der Pachtvertrag für die "X" immer wieder verlängert werden würde. Dem Senat ist aus eigener Kenntnis bekannt, dass nicht zu erwarten gewesen ist, der Entscheidungsprozess, in welcher Weise mit dem historischen Gebäude, in dem sich die "X" befanden, verfahren werden solle, werde sich über einen derart langen Zeitraum hinziehen. Vielmehr hat der Kläger davon ausgehen müssen, dass er beim Auslaufen eines jeden Pachtvertrages die "X" werde aufgeben müssen. Er hat nachvollziehbar dargelegt - und der Zeuge H hat dies bestätigt -, dass er jedes Mal allen Mitarbeitern gekündigt habe und sich auch die Gäste darauf eingestellt hätten, dass die "X" nicht fortgeführt werden könnten. Der Kläger hat - auch insoweit nachvollziehbar - auf den schleichenden Abbau von Stammpersonal, das sich anderweitig zu orientieren begann, und die sinkenden Gästezahlen hingewiesen. Die Beigeladenen haben dies zusammenfassend zutreffend in der Weise dargestellt, dass sie in dem Bewusstsein zu den einzelnen Einsätzen erschienen sind, dies werde der letzte sein. Die Situation stellt insoweit einen Einzelfall dar, der mit der Beschäftigung von Servicepersonal in der Gastronomie ansonsten kaum vergleichbar sein dürfte.

Auch bezüglich des Unterbetriebes "A" vermag der Senat eine Regelmäßigkeit im Sinne von [§ 8 Abs. 1 Nr. 1 SGB IV](#) a. F. nicht zu bejahen. Dem Senat ist aufgrund eigener Ortskenntnisse bekannt, dass das Restaurant mitten in einem größeren Waldgebiet gelegen und nur bei schönem Wetter über eine einzige schmale Straße gut zu erreichen ist. Die große Außenterrasse des Restaurants mit Blick über den C-ee ist ebenfalls wetterabhängig frequentiert. Es ist daher auch bezüglich der Beigeladenen zu 2. nachvollziehbar, dass deren Einsätze von Beginn an auf eine geringere, im Rahmen von [§ 8 Abs. 1 Nr. 2 SGB IV](#) a. F. liegende Häufigkeit beschränkt sein muss. Der Kläger hat im Übrigen nachvollziehbar dargelegt, dass er mit der Stammbesetzung in der Spülküche auskommt, solange nicht großer Besucherandrang herrscht. Damit ist jedoch nur in den wetterbegünstigten Monaten und nur bei besonderer Frequentierung, z. B. durch Busse, zu rechnen. Im Übrigen hat der Kläger, ebenfalls nachvollziehbar, darauf verwiesen, dass auch bei einem Ausfall des fest angestellten Mitarbeiters in der Spülküche die Arbeit von den übrigen Mitarbeitern, auch unter Einbeziehung der Reinigungskraft und seiner eigenen Person, regelbar ist.

Es liegt in den Fällen der Beigeladenen zu 1. bis 5., bezogen auf die Tätigkeiten für den Kläger, auch keine Berufsmäßigkeit vor. Darunter versteht das BSG in ständiger Rechtsprechung (vgl. BSG [SozR 3-2500 § 6 Nr. 11](#) m. w. N.), dass der betreffende Arbeitnehmer durch die kurzfristige Beschäftigung seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang sicher stellt, dass seine wirtschaftliche

Stellung zu einem erheblichen Teil auf der Beschäftigung beruht; die Verbindung zu dem zuvor ausgeübten Beruf sind dabei mit einzubeziehen (vgl. BSG SozR Nr. 11 zu § 1228 RVO - keine Berufsmäßigkeit bei kurzzeitiger Beschäftigung mit einem Viertel der bisherigen Arbeitszeit; BSG SozR 2200 § 168 Nr. 3 - Berufsmäßigkeit bei kurzzeitiger Beschäftigung im Anwaltsbüro nach Referendariat und vor Aufnahme einer Tätigkeit als Richter; BSG SozR 2200 § 168 Nr 5 - keine Berufsmäßigkeit bei kurzzeitiger Beschäftigung nach dem Abitur vor dem Studium; BSG [SozR 3-2400 § 8 Nr. 1](#) - Berufsmäßigkeit, wenn nach Abschluss der Ausbildung im erlernten Beruf eine befristete Beschäftigung aufgenommen wird). Keine der Beigeladenen zu 1. bis 5. hat mit der Tätigkeit für den Kläger im Garderobenbereich, im Service bzw. in der Spülküche an die (aktuelle oder vergangene) Haupttätigkeit angeknüpft; für alle ist der Einsatz berufsfremd erfolgt. Auch sind die erzielten Entgelte im Verhältnis zu den durch die Renten bzw. die Einnahmen aus der Vollzeitbeschäftigung lediglich als zu vernachlässigend einzustufen. Es handelte sich in allen Fällen nur um die Aufbesserung der ansonsten erzielten Einnahmen. Ihren Lebensunterhalt hätte keine der Beigeladenen zu 1. bis 5. durch die Tätigkeiten für den Kläger bestreiten können. Die Entgeltgrenze von 630 DM ist ebenfalls in keinem einzigen Monat überschritten worden.

Die Kostenentscheidung folgt aus [§ 197 a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO).

Anlass zur Zulassung der Revision, [§ 160 Abs. 2 Nrn.](#) 1 und 2 SGG, hat nicht bestanden.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2008-11-13