

L 6 R 1524/12

Land

Freistaat Thüringen

Sozialgericht

Thüringer LSG

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

6

1. Instanz

SG Altenburg (FST)

Aktenzeichen

S 2 R 525/10

Datum

21.08.2012

2. Instanz

Thüringer LSG

Aktenzeichen

L 6 R 1524/12

Datum

27.05.2014

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

THÜRINGER LANDESSOZIALGERICHT

Az: [L 6 R 1524/12](#) Az: [S 2 R 525/10](#) - Sozialgericht Altenburg-

IM NAMEN DES VOLKES

Urteil

In dem Rechtsstreit

, .., ...,

- Klägerin und Berufungsklägerin - Prozessbevollm.::

.., .., ...

gegen

..., .., .., ...

- Beklagte und Berufungsbeklagte -

1. , , ,

2. , , , ,

3., ...,

4., .., ,

5. ..., ..., ...,

- Beigeladene -

hat der 6. Senat des Thüringer Landessozialgerichts auf die mündliche Verhandlung vom 27. Mai 2014 durch den Vizepräsidenten des Landessozialgerichts Keller, die Richterinnen am Landessozialgericht Comtesse und den Richter am Sozialgericht Dr. Seime sowie die ehrenamtlichen Richter Uhlig und Dr. Weimer für Recht erkannt:

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Altenburg vom 21. August 2012 wird zurückgewiesen. Die Klägerin hat die Kosten des Verfahrens zu tragen, die Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin den Beigeladenen zu 1. in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis 31. März 2010 versicherungspflichtig beschäftigt hat.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung (GmbH) und betreibt ein Hotel. Der Beigeladene zu 1. war seit 1988 als selbständiger Maler unter Mithilfe mehrerer Angestellter tätig. Aufgrund einer schweren Erkrankung war ihm die Ausübung seines Gewerbes in dieser Form nicht mehr möglich. Er betrieb es nunmehr in reduzierter Form ohne Angestellte allein weiter. Die Klägerin und der Beigeladene zu 1. schlossen am 28. Dezember 2007 eine mit "Auftragserteilung/Auftragsbestätigung" überschriebene folgende Vereinbarung: "Hiermit wird oben genannte Firma von uns beauftragt, im A. , ... folgende Arbeiten ab dem 01.01.2008 zu erbringen. Facility Management, Nachtportier, erstellen von Statistiken, Schneeräumen, Verkehrssicherung, Malertätigkeiten. Rechnungslegung erfolgt jeweils zum Ende des Monats."

Zuvor waren diese Arbeiten durch das Unternehmen P. aus Sch. ausgeführt worden. Farben, Reinigungsmittel und ähnliches wurden durch den Beigeladenen zu 1. mitgebracht, die übrigen Betriebsmittel (wie z.B. Computer) stellte die Klägerin.

Die Klägerin beantragte am 31. März 2008 bei der Beklagten, den Status des Beigeladenen zu 1. feststellen zu lassen. Mit Bescheid vom 5. Februar 2009 stellte diese fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1. im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Das durchgeführte Widerspruchsverfahren war erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 12. Januar 2010).

Während des Klageverfahrens hat die Beklagte mit Änderungsbescheid vom 9. März 2010 festgestellt, dass in der seit dem 1. Januar 2008 ausgeübten Beschäftigung im Bereich Facility Management, Erstellung von Statistiken, Schneeräumung, Verkehrssicherung, Malertätigkeiten und der Tätigkeit als Nachtportier bei der Klägerin Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht. Das Sozialgericht hat die für den Zeitraum Januar 2008 bis März 2010 erstellten Rechnungen und Stundennachweise sowie ein Schreiben des Beigeladenen zu 1. vom 13. Januar 2012 beigezogen, in dem dieser erklärt, dass das Farbengeschäft von seiner Frau geführt wurde, wobei er sie unterstützte so gut es ging. Er habe jedoch nur noch als Berater seiner ehemaligen Kundschaft zur Verfügung gestanden, neue Kunden habe er sich nicht mehr gesucht, da er die Aufträge gesundheitlich nie erfüllen konnte.

Das Sozialgericht hat die Klage mit Urteil vom 21. August 2012 abgewiesen und ausgeführt, der Beigeladene zu 1. sei als Beschäftigter versicherungspflichtig. Er sei in den Betrieb der Klägerin eingegliedert, da ihm kein nennenswerter Raum für eigenständige Entscheidungen verblieben sei. Er sei äußerlich als Mitarbeiter der Klägerin erschienen. Auch der genaue Stundennachweis spreche gegen eine selbständige Tätigkeit. Typisches unternehmerisches Handeln sei nicht festzustellen, insbesondere sei der Beigeladene zu 1. nahezu ausschließlich für die Klägerin tätig gewesen

Im Berufungsverfahren hat die Klägerin ihr Begehren weiterverfolgt. Der Beigeladene zu 1. habe sich nicht einem fremden Direktionsrecht unterworfen, ein solches habe nicht bestanden. Es habe keine Urlaubsregelung gegeben und der Beigeladene zu 1. sei zu keinem Zeitpunkt verpflichtet gewesen, eine Anfrage zu erfüllen. Ihm habe das Recht zugestanden, die Arbeit zu verweigern. Dies zeigten bereits die Stundennachweise, aus denen sich ergebe, dass es immer wieder zu größeren Ausfallzeiten gekommen sei. In diesen Zeiten habe sie mit eigenen Kräften einen Ausgleich schaffen müssen. Teilweise habe ihr Geschäftsführer die Aufgaben des Beigeladenen zu 1. selbst übernommen. Dieser habe darüber hinaus noch eine eigene Betriebsstätte gehabt und sei weiterhin als Unternehmer mit allen Risiken tätig gewesen, habe über einen eigenen Briefkopf sowie ein eigenes Betriebskonto verfügt. Auch habe er weitere Aufträge, insbesondere im Malerkundenbereich ausgeführt. Insgesamt liege hier ein klassischer Fall des Outsourcings vor, was insbesondere in der Gastronomie so praktiziert werde.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Altenburg vom 21. August 2012 sowie den Bescheid der Beklagten vom 9. März 2010 aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1. im Rahmen seiner Tätigkeit bei ihr in der Zeit vom 1. Januar 2008 bis zum 31. März 2010 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie der sozialen Pflegeversicherung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, dass die Entscheidung des Sozialgerichts nicht zu beanstanden sei.

Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

Der Senat hat durch seinen Berichterstatter am 10. Februar 2014 einen Erörterungstermin durchgeführt. Zum genauen Inhalt wird auf die Sitzungsniederschrift (Blatt 165f. der Gerichtsakte) Bezug genommen.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf den Inhalt der Gerichts- und der beigezogenen Verwaltungsakte der Beklagten Bezug genommen, der Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen ist.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist unbegründet. Die Beklagte und die Vorinstanz haben den Beigeladenen zu 1. zu Recht als versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken-, Renten- und Arbeitslosenversicherung sowie in der sozialen Pflegeversicherung eingestuft.

Die Beklagte entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt, wenn die

Beteiligten dies - wie hier - schriftlich beantragen (§ 7a Abs. 1 Satz 1 und Abs. 2 des Vierten Buches Sozialgesetzbuch (SGB IV)). Sie ist jedoch nicht ermächtigt, Verwaltungsakte allein zum (Nicht-)Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen. Das "Anfrageverfahren" tritt in vollem Umfang gleichwertig neben die Verfahren der Einzugsstellen und der Rentenversicherungsträger als Prüfstellen. Abgegrenzt wird es hiervon nach dem Kriterium der zeitlichen Vorrangigkeit. Die Entscheidungskompetenz der Beklagten als "Clearing-Stelle" über das (Nicht-)Vorliegen einer Beschäftigung ist daher allein im Zusammenhang der Beurteilung der Versicherungspflicht in den Zweigen der Sozialversicherung (§ 1 Abs. 1 SGB IV) und hierauf begrenzt eröffnet (vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 11. März 2009 - Az.: [B 12 R 11/07 R](#), nach juris Rn. 17). Die Beklagte hat daher zu Recht den ursprünglich erlassenen Bescheid vom 5. Februar 2009 nach § 44 Abs. 1 des Zehnten Buches Sozialgesetzbuch (SGB X) aufgehoben und durch den Bescheid vom 9. März 2010 ersetzt. Dieser ist nach § 96 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) zum Gegenstand des Verfahrens geworden und ist rechtmäßig, weil der Beigeladene zu 1. im streitigen Zeitraum in allen Zweigen der Sozialversicherung versicherungspflichtig war.

Versicherungspflichtig sind in der gesetzlichen Rentenversicherung nach § 1 Satz 1 Nr. 1 des Sechsten Buches Sozialgesetzbuch (SGB VI), in der gesetzlichen Krankenversicherung nach § 5 Abs. 1 Nr. 1 des Fünften Buches Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Arbeitslosenversicherung nach § 25 Abs. 1 Satz 1 des Dritten Buches Sozialgesetzbuch (SGB III) und seit dem 1. Januar 1995 in der sozialen Pflegeversicherung nach § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 des Elften Buches Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen.

Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV). Nach der ständigen Rechtsprechung BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist (vgl. BSG, Urteil vom 28. September 2011 - Az.: [B 12 R 17/09 R](#), nach juris). Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Die Weisungsgebundenheit kann eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Untergeordnete und einfache Arbeiten sprechen eher für eine Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation. Eine selbstständige Tätigkeit ist vornehmlich durch eigenes Unternehmerrisiko, Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 27. Juli 2011 - Az.: [B 12 KR 10/09 R](#), nach juris). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Bei dem Beigeladenen zu 1. überwiegen die für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Merkmale.

Weder für noch gegen eine persönliche Abhängigkeit spricht der Umstand, dass der Beigeladene zu 1. von der Klägerin wirtschaftlich abhängig war. Zwar hat er wohl noch andere Aufträge ausgeführt, die aber im Vergleich zu den Einnahmen aus seiner Tätigkeit für die Klägerin unbedeutend waren, weswegen der Ausschlussstatbestand des § 5 Abs. 5 SGB V nicht in Betracht kommt. Dafür sprechen insbesondere seine gegenüber dem Sozialgericht gemachten Angaben, wonach er lediglich als Berater der ehemaligen Kundschaft aufgetreten ist und keine neuen Kunden mehr gesucht hat. Aus einer wirtschaftlichen Abhängigkeit lässt sich eine persönliche Abhängigkeit nicht schließen. Auch der Inhaber eines kleinen Zulieferbetriebes ist von dem belieferten Unternehmen wirtschaftlich abhängig, sozialversicherungsrechtlich kann aber sehr wohl eine Selbstständigkeit gegeben sein (vgl. Seewald in Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Stand Oktober 2012, § 7 SGB IV Rn. 70).

Keinen Hinweis auf eine persönliche Abhängigkeit gibt der Umstand, dass der Beigeladene zu 1. vor seiner Erkrankung selbstständig tätig war und auch für die Klägerin selbstständig tätig sein wollte. Entscheidend sind die objektiv feststellbaren Tatsachen für den jetzt streitigen Zeitraum, nicht die subjektive Wertung der Vertragspartner.

Wenig aussagekräftig ist die gewählte Vertragsgestaltung. Es werden dort lediglich der Beginn und der allgemein umschriebene Umfang der zu erfüllenden Tätigkeiten beschrieben sowie eine Rechnungslegung vereinbart. Nachdem die Beteiligten selbst nicht von einer abhängigen Beschäftigung ausgingen, ist es wenig verwunderlich, dass typische Regelungen eines Arbeitsvertrages (Höhe der Entlohnung, Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, Urlaubsanspruch) fehlen.

Für eine persönliche Abhängigkeit spricht, dass der Beigeladene zu 1. weder Arbeitszeit noch Arbeitsort frei wählen konnte. Zwar bestand keine Pflicht zur Übernahme der Dienste an bestimmten Tagen, es musste aber eine Absprache mit der Klägerin erfolgen. Dem Beigeladenen zu 1. verblieb kein nennenswerter Raum für eigenständige Entscheidungen. Er musste die ihm übertragenen Aufgaben, insbesondere der Nachtportierdienste, nach den Wünschen der Klägerin erfüllen. Vor diesem Hintergrund ist deren Einwand, es habe kein Direktionsrecht bestanden, schwer nachvollziehbar. Es muss davon ausgegangen werden, dass die Klägerin dem Beigeladenen zu 1. während dessen Anwesenheit die auszuführenden Tätigkeiten zugewiesen hat. Einschränkend muss allerdings festgehalten werden, dass die Eigenart der geschuldeten Tätigkeit eine freie Einteilung von Arbeitszeit und -ort nur schwer möglich macht. Es handelte sich im Wesentlichen um Nachtportierdienste, die denkbareweise nur nachts ausgeführt werden können und auch von ihrer Art her nur wenig Raum für eigene Entscheidungen lassen. Auch die Maler- und Reparaturarbeiten sollten nachts ausgeübt werden, damit die Hotelgäste möglichst wenig beeinträchtigt werden.

Ob der Beigeladene zu 1. tatsächlich berechtigt war, die Arbeit jederzeit zu verweigern, wie dies von der Klägerin vorgetragen wird, ist zweifelhaft, begründet aber allein keine Selbstständigkeit. Es spricht vielmehr einiges dafür, dass die genaue Arbeitszeit von den Vertragspartnern gemeinsam festgelegt wurde, um auf beiderseitige Bedürfnisse Rücksicht nehmen zu können. So sprechen die vorliegenden Stundennachweise dafür, dass es trotz gewisser Ausfallzeiten zu einer regelmäßigen und durchgehenden Arbeitsleistung gekommen ist.

Für eine persönliche Abhängigkeit spricht, dass der Beigeladene zu 1. in den Betrieb der Klägerin eingegliedert und nicht von den übrigen Mitarbeitern zu unterscheiden war. Zwar hat er wohl noch eine eigene Betriebsstätte besessen, die eigentlich geschuldete Tätigkeit wurde aber ausschließlich im Betrieb der Klägerin geleistet. Die Arbeitsmittel stellte im Wesentlichen die Klägerin, lediglich die Farben für die Malerarbeiten brachte der Beigeladene zu 1. nach eigenen Angaben mit, wobei auffällig ist, dass in keiner der vorgelegten Rechnungen dieser Materialeinsatz abgerechnet wurde. Weiteres eigenes Kapital setzte der Beigeladene zu 1. nicht ein, was ein Indiz gegen die Annahme einer Selbstständigkeit ist (vgl. BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 - Az.: [12/3/12 RK 39/74](#), nach juris Rn. 23).

Für die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit spricht auch die erfolgte Vergütung. Es wurde offensichtlich keine erfolgsabhängige Entlohnung gewählt, wie bei Selbstständigen üblich, sondern eine Zeitvergütung (vgl. Seewald in Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Stand Oktober 2012, [§ 7 SGB IV](#) Rn. 67). Dies hat zur Folge, dass der Beigeladene zu 1. keinerlei Unternehmensrisiko trug, also an Gewinn und Verlust nicht beteiligt war. Eine Zeitvergütung mag für reine Nachtportierdienste noch nachvollziehbar sein, für die übrigen geschuldeten Arbeiten wie Malertätigkeiten, Erstellen von Statistiken u.ä. wäre bei Übertragung an einen Selbstständigen typischerweise eine Entlohnung nur bei Erfolg vereinbart worden. Der Beigeladene zu 1. erhielt jedoch unabhängig davon, ob und wie viel er tatsächlich Malerarbeiten u.ä. erledigte, eine gleichbleibende Vergütung.

Entscheidend für die Annahme einer persönlichen Abhängigkeit ist letztlich, dass der Beigeladene zu 1. keine Hilfskräfte beschäftigte und nicht die Befugnis besaß, sich bei Ausübung der Tätigkeit durch Dritte vertreten zu lassen (vgl. Seewald in Kasseler Kommentar, Sozialversicherungsrecht, Stand Oktober 2012, [§ 7 SGB IV](#) Rn. 69). Außerdem bestand für den Beigeladenen zu 1. keine Pflicht zur Benennung einer Krankheitsvertretung; dies musste die Klägerin organisieren. Dies ist typisch für eine abhängige Beschäftigung. Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsleistung in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen. Es ist Sache des Arbeitgebers und nicht des Arbeitnehmers, in Verhinderungsfällen eine Ersatzkraft einzusetzen, sofern der Arbeitsausfall nicht hingenommen werden soll. Demgegenüber hat ein selbstständiger Unternehmer im Falle seiner Verhinderung selbst eine Ersatzkraft zu stellen, sofern er hierzu nach den vertraglichen Grundlagen berechtigt oder verpflichtet ist (vgl. BSG, Urteil vom 18. Dezember - Az.: [B 12 KR 8/01 R](#), nach juris Rn. 17).

Soweit die Klägerin geltend macht, dass hier ein klassischer Fall des Outsourcings vorliege, der insbesondere in der Gastronomie so praktiziert werde, und zuvor mit dem Unternehmen P. so praktiziert wurde, führt dies zu keiner anderen Betrachtung. Ob eine Beschäftigung oder eine Selbstständigkeit vorliegt, ist immer eine Einzelfallentscheidung und von den jeweils gegebenen Umständen abhängig. Je nach Sachlage kann sowohl das eine als auch das andere vorliegen. Eine pauschale Bewertung verbietet sich.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 1](#) der Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), da weder die Klägerin noch die Beklagte zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören. Unbeachtlich war, dass die Beklagte im Laufe des Verfahrens die ursprünglichen Verwaltungsakte ersetzt hat. Ein Obsiegen, welches eine Kostenquote rechtfertigen würde, kann hierin nicht gesehen werden, weil die Klägerin mit ihrem eigentlichen Begehren, nämlich der positiven Feststellung der nicht bestehenden Versicherungspflicht, nicht durchgedrungen ist.

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

Rechtskraft

Aus

Login

FST

Saved

2014-09-22