

L 1 KR 315/08

Land
Berlin-Brandenburg
Sozialgericht
LSG Berlin-Brandenburg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
1
1. Instanz
SG Frankfurt (Oder) (BRB)
Aktenzeichen
S 6 R 29/08
Datum
13.03.2008
2. Instanz
LSG Berlin-Brandenburg
Aktenzeichen
L 1 KR 315/08
Datum
30.10.2009
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie

Urteil

Leitsätze

Eine Reinigungskraft kann abhängig beschäftigt sein, auch wenn die Arbeitszeit weitgehend frei ist und keine näheren Weisungen bestehen und sie sich auch von ihrer Tochter vertreten lassen kann.

Das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 13. März 2008 wird aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Die Klägerin trägt die Kosten des Rechtsstreits. Die Beigeladenen haben jedoch ihre außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Im Streit ist ein Prüfbescheid der Beklagten, in welchem diese von einer unselbständigen Beschäftigung der Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin im Zeitraum 1. Oktober 2002 bis 30. Juni 2004 ausgegangen ist.

Die Klägerin ist eine Rechtsanwaltskanzlei. Die Beigeladene zu 1) führte in den Räumen der Kanzlei in der B in F Reinigungsarbeiten durch. Die Beteiligten schlossen hierzu rückwirkend am 7. Oktober 2002 einen "Honorarvertrag", welchen die Klägerin in ähnlicher Form bereits bei früheren Mitarbeitern verwendet hatte. Die Beigeladene zu 1) war damals beim Arbeitsamt als arbeitsuchend gemeldet.

In § 1 des Vertrages heißt es:

"Frau B wird ab dem 1. Oktober 2002 selbständig und in eigener Verantwortung die Reinigungsarbeiten (...) übernehmen."

§ 2 lautet unter anderem:

"Der Mitarbeiter unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Beschränkungen oder Weisungen der Firma."

In § 3 Arbeitsaufwand/Anwesenheit wurde geregelt:

"Art und Umfang der dem Mitarbeiter nach § 1 übertragenen Aufgaben ergeben sich aus der Tätigkeit. Der Mitarbeiter bestimmt dabei die Tätigkeitszeiten in der Firma in eigener Verantwortung; der Mitarbeiter ist bestrebt, seine Tätigkeit außerhalb der Kernarbeitszeit der Firma zu verrichten. Der Mitarbeiter hat keinen Anspruch auf Stellung eines Arbeitsplatzes durch die Firma. Ebenfalls besteht kein Anspruch des Mitarbeiters auf Mitbenutzung der Firmeneinrichtung und -geräte."

In § 5 Abs. 1 wurde ein Pauschalhonorar von 340,- Euro pro Monat vereinbart. Nach Abs. 2 sollte der Mitarbeiter den Honorarbetrag der Firma zzgl. der baren Auslagen und Sachkosten aus der Tätigkeit in Rechnung stellen. Nach § 6 sollte der Mitarbeiter für die Versteuerung der Vergütung und seiner versicherungsrechtlichen Belange selbst sorgen. In § 8 (Sonstiges) heißt es, von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages sei in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit und in Ansehung des geringen Tätigkeitsaufkommens in der Firma sowie der sonstigen Tätigkeiten des Mitarbeiters für Dritte bewusst kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften sei nicht beabsichtigt. Dem Mitarbeiter solle vielmehr auf Grund der o. g. Gründe und seiner persönlichen Lebensplanung die Möglichkeit anderweitiger Beschäftigung gelassen werden. Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit werde nicht begründet. Nach § 10 schließlich sollten Nebenabreden und Änderungen des Vertrages zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform bedürfen. Dieses Formerfordernis selbst könne weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben werden oder außer Kraft gesetzt werden.

Entgegen der vertraglichen Regelung, stellte die Beigeladene zu 1) der Klägerin von Anfang an keine Sachkosten und Auslagen in Rechnung. Sie ließ sich, soweit sie selbst verhindert war, im Einvernehmen mit der Klägerin von ihrer Tochter vertreten.

Am 28. Juni 2004 schlossen die Vertragsparteien eine neue Regelung welche der ersten in weiten Teilen entsprach. Auch dort ist die Klägerin als "Firma" bezeichnet und die Beigeladene zu 1) als "Mitarbeiter". Die §§ 1 bis 3 sind in der Sache weitgehend identisch. Allerdings sollte ausweislich des § 5 nunmehr ein Arbeitsverhältnis begründet werden.

Im vierten Quartal 2005 führte die Beklagte bei der Klägerin eine Betriebsprüfung nach § 28 p Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) für den Prüfungszeitraum 1. Januar 2001 bis 31. Oktober 2005 durch. Sie gelangte dabei zu dem Ergebnis, dass die Reinigungskräfte - Schüler, Altersrentner oder Arbeitsuchende - als Honorarkräfte nicht versicherungs- und beitragsfrei belassen werden dürften (vgl. Protokoll der Schlussbesprechung vom 15. November 2005). Dazu angehört, wies die Klägerin darauf hin, dass die steuerliche Betriebsprüfung keine (nicht angemeldete) lohnsteuerpflichtige Beschäftigung festgestellt habe. Die Honorarkräfte seien weder weisungsabhängig gewesen, noch in den Betrieb eingebunden. Sie hätten selbst über Einsatzzeit, Material und Arbeitskräfteeinsatz entschieden.

Mit Bescheid vom 30. November 2005 forderte die Beklagte von der Klägerin insgesamt 5.406,04 Euro nach, wovon 3.075,68 Euro auf die Beigeladene zu 1) entfallen. Die Honorarkräfte seien in dem Betrieb eingebunden: Der Arbeitsort sei vorgegeben gewesen, die Arbeitszeit auch. Sie richte sich nämlich nach den Geschäftszeiten der Kanzlei, um den Geschäftsbetrieb nicht zu stören. Die Beigeladene zu 1) sei als Arbeitsuchende nicht als Unternehmerin frei auf dem Markt aufgetreten. Die gleiche Tätigkeit sei später im Rahmen einer sozialversicherungsrechtlichen Beschäftigung ausgeübt worden. Die Verträge hätten sich nur insofern unterschieden, als dass im ersten Vertrag ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis unter Bezug auf die Vertragsfreiheit ausgeschlossen worden sei.

Die Klägerin erhob Widerspruch. Die Reinigungskräfte hätten kommen und gehen können wie sie wollten und die Reinigungsarbeiten nach eigenem Gutdünken ausführen können. Die Honorarkräfte hätten einem Unternehmerrisiko unterlegen, da die Vergütung erfolgsabhängig gewesen sei. Bereits der Umstand der geringen Arbeitszeiten spreche gegen die Einbindung in den Organisationsbereich der Kanzlei und damit gegen ein Arbeitsverhältnis (Bezugnahme auf Bundesfinanzhof [BFHE 120, 465](#); [117, 550](#)).

Die Beklagte ermittelte, dass unter anderem die Beigeladene keine Gewerbeanmeldung vorgenommen hatte und dass diese in der Zeit vom 1. Oktober 2002 bis 30. November 2003 gleichzeitig bei einem anderen Arbeitgeber eine geringfügige Beschäftigung ausübte.

Sie wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 29. Mai 2006 zurück.

Hiergegen hat die Klägerin Klage vor dem Sozialgericht Frankfurt (Oder) (SG) erhoben. Zu deren Begründung hat sie unter anderem ausgeführt, der (erste) Honorarvertrag habe in § 5 Abs. 2 einen Fehler enthalten. Das Honorar habe inklusive der baren Auslagen und Sachkosten vereinbart sein sollen, wie dies mündlich ausgehandelt worden sei. Es sei immer nach dieser mündlichen Absprache gehandelt worden. Die Honorarkräfte hätten für Schäden an Einrichtungs- oder sonstigen Eigentumsgegenständen jeweils Schadensersatz leisten müssen. Dass bei gleicher Tätigkeit die Rechtsform gewechselt worden sei, müsse aufgrund der Vertragsfreiheit möglich sein. Der Grund für die Änderung sei gewesen, dass sich die Beigeladene zu 1) sozialversicherungsrechtlichen Schutz habe erkaufen wollen. In der mündlichen Verhandlung vor dem SG hat die Beigeladene zu 1) unter anderem ausgesagt, dass sie sich ihre Arbeitszeit habe insoweit einteilen können, dass sie jeden Tag hätte kommen können oder auch nur einmal pro Woche. Sie habe allerdings nur außerhalb der Sprechzeiten in Kanzleiräumen putzen können. Sie sei dann dienstags und mittwochs früh ab 4:30 Uhr putzen gegangen. Sie hätte lieber am Wochenende gearbeitet, dies sei jedoch nicht gegangen. Zunächst habe sie nicht gewusst, dass Reinigungsmittel nicht in der Pauschale enthalten seien. Wenn sie mal nicht arbeiten könne, dann habe ihre Tochter sie vertreten. Sie habe zunächst in der Kanzlei angerufen und gefragt, ob dies in Ordnung sei. Es sei zwar nicht gerne gesehen worden, andererseits habe die Kanzlei ja auch nicht wochenlang ungeputzt bleiben können.

Mit Urteil vom 13. März 2008 hat das SG den Bescheid der Beklagten insoweit aufgehoben, soweit Beiträge für die Beigeladene zu 1) nachgefordert wurden. Die Kammer habe Zweifel daran, ob die Beigeladene zu 1) abhängig und damit dem Grunde nach sozialversicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. Damit lasse sich eine Versicherungs- und Beitragspflicht der Klägerin für die Beigeladene nicht begründen.

Hiergegen richtet sich die Berufung der Beklagten. Zu deren Begründung hat sie ihre bisherigen Argumente wiederholt.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt (Oder) vom 13. März aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des SG für richtig. Richtig habe es unter anderem darauf abgestellt, dass sich die Beigeladene zu 1) durch ihre Tochter habe vertreten lassen. Ein abhängig beschäftigter Arbeitnehmer könne dies bei der Erfüllung seiner Arbeitspflichten nicht. Hinsichtlich der Arbeitszeit weist die Klägerin darauf hin, dass nach der Vereinbarung die Beigeladene lediglich habe bestrebt sein müssen, die Reinigungsleistungen außerhalb der Kernarbeitszeit der Kanzlei auszuführen. Die Beigeladene zu 1) habe gerade Wert darauf gelegt, neben ihrer Festanstellung bei einer Reinigungsfirma G flexibel bleiben zu wollen. Es habe kein Verbot gegeben, an Wochenenden zu reinigen. Auf Nachfrage der Beigeladenen sei dieser bestätigt worden, dass sie sich zuverlässiger Hilfskräfte bedienen könne. Allerdings sei die Beigeladene ausdrücklich und ausführlich über die besonderen Maßgaben für eine Anwaltskanzlei (Schweigepflicht, nur zuverlässige Hilfskräfte, Schlüsselumgang) belehrt worden. Der Klägerin sei bekannt gewesen, dass unter anderem die Tochter der Beigeladenen zu 1) Reinigungstätigkeiten ausgeführt habe. Nachdem die Beigeladene zu 1) arbeitsuchend geworden sei und ihre Tochter mutterschaftsbedingt ausgefallen sei, habe sie sich an die Klägerin mit der Bitte gewandt, das Tätigkeitsverhältnis in einen Minijob umzuwandeln, damit sie dann auch Urlaubsansprüche hätte. Im Gegensatz zum Honorarvertrag seien im Minijobvertrag die Tätigkeiten der Beigeladenen zu 1)

konkretisiert und im Einzelnen aufgelistet worden.

Die Beigeladene zu 1) hat im Erörterungstermin am 16. März 2009 erklärt, sie habe von Anfang an eine normale Arbeitnehmerin sein wollen. Ihre Tochter habe sie auch vertreten, nachdem mittlerweile ein Arbeitsvertrag abgeschlossen worden sei.

Auf die von den Beteiligten eingereichten Schriftsätze, insbesondere den letzten der Klägerin vom 27. Oktober 2009 mit umfangreichen Beweisanträgen, wird ergänzend Bezug genommen. Der Verwaltungsvorgang der Beklagten lag zur mündlichen Verhandlung vor und war Gegenstand der Erörterungen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung hat Erfolg. Der angefochtene Prüfbescheid der Beklagten ist rechtmäßig, soweit er die Beigeladene zu 1) betrifft, und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht, § 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 5. Buch, § 1 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 6. Buch, § 24 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 3. Buch, § 20 Abs. 1 S. 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 11. Buch. Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#).

Anhaltspunkte für eine Beschäftigung nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteil vom 22. Juni 2005 - [B 12 KR 28/03 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 5](#)) setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale nach dem Gesamtbild überwiegen (vgl. zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Hier überwiegen die für eine abhängige Beschäftigung bestehenden Merkmale.

Ob und welche Motive die Vertragsbeteiligten beim Abschluss des Honorarvertrages vom 7. Oktober 2002 gehabt haben mögen, ist für diese Einschätzung zweitrangig. Obwohl nämlich nach dem schriftlichen Vertrag in § 5 Abs. 2 der Beigeladene zu 1) einen Ersatz der ihr entstandenen Auslagen zugestanden hätte, erhielt sie die ganze Zeit keinen Auslagenersatz, obgleich der Vertrag in § 8 sogar für Änderungen die Schriftform voraussah und eine formlose Änderung dieser Formvorschrift nicht möglich sein sollte. Dies erlaubt den Schluss, dass der wahre Willen der Beteiligten dem schriftlich Niedergelegten ganz allgemein nicht voll entsprechen musste.

Der Umstand, dass die Beigeladene zu 1) selbst Reinigungsmittel anschaffen musste und auch die Reinigungsgeräte selbst stellte, kann hier nicht als relevantes Unternehmerrisiko angesehen werden. Im Wesentlichen wurde dadurch nur ihr Gehalt vermindert. Ein relevantes Risiko, Anschaffungen zu tätigen, die sich mangels Aufträge nicht amortisieren könnten, bestand nicht. Die Gerätschaften (Besen, Staubsauger etc.) konnten jedenfalls auch privat genutzt werden. Eine eigene Betriebsstätte musste sie nicht unterhalten. Es kann auch nicht von einem relevanten Unternehmerrisiko ausgegangen werden, weil sich die Beigeladene zu 1) einem Schadensersatzrisiko ausgesetzt gesehen haben soll. Grundsätzlich haftet auch ein Arbeitnehmer bei schuldhafter Verletzung der arbeitsvertraglichen Nebenpflicht, das Eigentum des Arbeitgebers nicht zu verletzen ([§ 823 Abs. 1 Bürgerliches Gesetzbuch - BGB -](#); [§§ 280 Abs. 1, 619 a BGB](#) in Verbindung mit dem Arbeitsvertrag).

Gegen Selbstständigkeit spricht ferner, dass die Beigeladene zu 1) keine weiteren Auftraggeber hatte, vielmehr beim Arbeitsamt als arbeitsuchend gemeldet war. Sie ist nicht als Unternehmerin aufgetreten. Sie hatte keine weiteren "Auftraggeber" oder gar "Kunden" sondern war im streitgegenständlichen Zeitraum nur eine gewisse Zeit lang daneben geringfügig abhängig beschäftigt.

Der Umfang von mehreren Stunden pro Woche ist auch nicht so gering, dass deswegen nicht von einer Eingliederung in das klägerische Unternehmen ausgegangen werden kann. Die Beigeladene zu 1) konnte die Arbeitszeit weiter nicht frei bestimmen. Auch wenn sie nach dem Vertrag nicht streng auf Zeiten außerhalb der normalen Geschäftstätigkeit beschränkt war, ist dies in der Praxis so für sie verbindlich gehandhabt worden. Eine zeitliche und -naturgemäß örtliche- Eingliederung ist deshalb erfolgt. Die Tätigkeit erfolgte auch nicht weisungsfrei im rechtlich relevanten Sinne: Bei Reinigungsarbeiten handelt es sich um einfache Arbeiten, für die umfangreiche praktische Weisungen nicht erforderlich sind. Auch der Arbeitsvertrag vom 28. Juni 2004 konnte deshalb Weisungsfreiheit vereinbaren. Eine Einweisung zu Beginn der Tätigkeit ist jedoch erfolgt. Die Arbeitsergebnisse sind von der Klägerin auch kontrolliert werden.

Dass die Tochter der Beigeladenen zu 1) gelegentlich an deren Stelle die Reinigungsarbeiten durchgeführt hat, ist kein entscheidend relevantes Indiz für Selbstständigkeit. Auch bei abhängig Beschäftigten besteht die Möglichkeit, dass der verhinderte Arbeitnehmer - als Geschäftsbesorgung seinem Arbeitgeber gegenüber - dafür sorgt, dass diesem eine Ersatzkraft zur Verfügung steht. Ganz allgemein steht die Befugnis, Arbeiten an andere Arbeiter zu delegieren, nicht zwingend der Annahme eines Beschäftigungsverhältnisses entgegen (BSG Urteil vom 19. August 2003 - [B 2 U 38/02 R - SozR 4-2700 § 2 Nr. 1](#)). Es gibt Beschäftigungsverhältnisse, bei denen es nicht unbedingt auf die persönliche Arbeitsleistung ankommt, sondern eine Vertretung durch Familienangehörige oder Dritte möglich und üblich ist (so zutreffend LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 12. Dezember 2008 - L R 3542/05 - mit weiteren Nachweisen). Im konkreten Fall hier war die Möglichkeit, einen Vertreter zu stellen, im Vertrag selbst nicht vorgesehen. Die Formulierung "Mitarbeiter" spricht eher dagegen. Die Klägerin legte zudem Wert darauf, dass die Ersatzkraft nicht ungefragt tätig würde im Hinblick auf die Besonderheiten der Anwaltskanzlei. Die Beigeladene zu 1) hat ihre Tochter deshalb auch nicht ungefragt als Vertretung geschickt, sondern sie hat sich dies zuvor erlauben lassen. Es kann also zur Überzeugung des Senats nicht davon ausgegangen werden, dass die Beigeladene die Arbeit nach freiem Belieben delegieren konnte. Dies zeigt der neueste Vortrag, die Klägerin hätte sich daran gestört, dass der Ehemann der Beigeladenen zu 1) in den Kanzleiräumen erschienen sei. Die Delegation ist hier also möglich gewesen, ohne dass dies für eine Selbstständigkeit der

Reinigungstätigkeit spricht.

Ebenfalls - und entscheidend - für abhängige Beschäftigung spricht, dass das Beschäftigungsverhältnis nach 2005 ohne relevante Änderung der Tätigkeit als Arbeitsverhältnis fortgesetzt wurde.

Dass in der Gesamtbetrachtung auch gewichtige Umstände für Selbstständigkeit sprechen, muss im Ergebnis zur Gänze unberücksichtigt bleiben. Maßgeblich ist alleine das Überwiegen der Umstände für eine gegenteilige Einschätzung.

Den Beweisanträgen im Schriftsatz vom 27. Oktober 2009 musste nicht nachgegangen werden. Ob es sich dabei durchweg um Beweisanträge im engeren Sinne handelt, kann deshalb dahingestellt bleiben. Soweit es um die Motive der Beigeladenen zu 1) bei Abschluss des ersten Vertrages gehen soll (Beweisanträge Nr. 1 a) bis d), kommt es hierauf nicht an. Maßgeblich ist - wie ausgeführt -, der Vertrag selbst, wie er in der Praxis ganz bzw. teilweise angewendet wurde, auch wenn der als abhängig Einstufender seinem Arbeitgeber gegenüber andere Motive vorgespiegelt haben sollte. Die Abwägung fällt nicht also anders aus, wenn auf Initiative der Beigeladenen zu 1) zunächst eine freie Mitarbeit vereinbart wurde. Die Ermittlungen zu anderweitigen Beschäftigungsverhältnissen wurden von der Klägerin bereits im Verwaltungsverfahren vorgenommen (Beweisantrag Nr. 2). Dass die Beigeladene zu 1) die Honorare der Klägerin als solche einer selbstständiger Tätigkeit - wie auch eventueller weiterer Tätigkeiten - versteuert hat, kann als wahr unterstellt werden (Beweisantrag Nr. 3), ebenso, dass diese zu jederzeit außerhalb der Kanzleiarbeitskernzeit, auch am Wochenende, habe putzen können (Beweisanträge 4 und 5) sowie die Tatsachen der Beweisanträge Nr. 6 bis 13. Auf die Motive zum Abschluss des zweiten Vertrages kommt es nicht an (Nr. 14). Auch der behauptete Umstand, dass sich die Beigeladene zu 2) nach Abschluss des zweiten Vertrages nicht mehr von ihrer Tochter hat vertreten lassen, kommt es - wie ausführlich dargelegt -, nicht an. Wie die Kanzleiangeestellten dies angesichts der unterschiedlichen Arbeitszeiten beobachtet haben könnten, ist allerdings nicht ersichtlich, da ja wohl nicht Überwachungskameras installiert worden sein sollen (Nr. 15). Die Behauptung, die Beigeladene zu 1) hätte ihren Bedarf an Putzmittel über die Klägerin beschaffen können, spricht eher für Abhängigkeit (Nr. 16).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197 a SGG](#) i. V. m. [§§ 154 Abs. 1, 162 Abs. 2 Satz 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung.

Gründe für die Zulassung der Revision gemäß [§ 160 Abs. 2 SGG](#) liegen nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2009-12-23