

L 5 R 3851/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Reutlingen (BWB)
Aktenzeichen
S 10 R 1851/10
Datum
15.06.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 R 3851/11
Datum
19.02.2014
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 15.06.2011 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten auch des Berufungsverfahrens mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen, die diese selbst tragen.

Der Streitwert wird für das Berufungsverfahren und für das Verfahren vor dem Sozialgericht endgültig auf 5.000,- EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene Ziff. 1 in seiner Tätigkeit für die Klägerin der Sozialversicherungspflicht unterliegt.

Die Klägerin betreibt ein Fahrzeug- und Spielzeugmuseum in T ... Sie beantragte am 06.05.2009 bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status für den Beigeladenen Ziff. 1. Sie beantragte festzustellen, dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht vorliege. Der Beigeladene Ziff. 1 sei mit der Belieferung von Fertigwaren, Zubereitung von Buffetmenüs etc. als Berater, Caterer und Koch betraut. Die Tätigkeit werde teilweise am Betriebsitz der Klägerin ausgeführt. Es bestehe ein freies Entscheidungsvermögen für sämtliche Punkte der Tätigkeit.

Der Beigeladene Ziff. 1 ließ durch seine Steuerberater am 18.08.2009 mitteilen, er übe die streitgegenständliche Tätigkeit seit Oktober 2005 bis heute aus. Er sei mit der Beratung, dem Einkauf sowie der Vor- bzw. Zubereitung von Speisen betraut. Vorspeisen und Hauptspeisen bereite er in der Gastroküche der Klägerin zu. Feste Arbeitszeiten gebe es nicht. Das Essen müsse pünktlich zubereitet werden. Die Auftragserteilung erfolge telefonisch und per Email mittels Auftragsbestätigungskopie zwischen Kunden und der Klägerin. Bei Verhinderung oder Krankheit sei die Klägerin zu informieren. Eine Vertretung erfolge durch seine Ehefrau. Die Klägerin stelle die Küchenräume mit Einrichtung ohne Utensilien zur Verfügung. Er selbst stelle sämtliche Kochutensilien und die Arbeitskleidung. Die Klägerin würde ihm lediglich hinsichtlich des Inhalts der Menüs, der Anzahl der Personen und des Beginns des Events Weisungen erteilen. Er arbeite mit Mitarbeitern der Klägerin nicht zusammen. Eine Überprüfung der Arbeit erfolge lediglich in Bezug auf die Vollständigkeit der Lieferung. Er trete in eigenem Namen und Outfit auf; Dienstkleidung habe er nicht zu tragen. Er koche auf selbständiger Basis bei mehreren Auftraggebern und liefere Maultaschen an. Der Beigeladene Ziff. 1 legte Rechnungen über seine Tätigkeit für die Klägerin von Dezember 2005 bis Juli 2009 vor.

Der Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 liegt ein zwischen ihm und der Klägerin mit Wirkung zum 01.11.2005 geschlossener "Vertrag über freie Mitarbeit" zugrunde, der unter anderem folgende Regelungen enthält:

§ 1 Inhalt der Beauftragung:

Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer mit der Durchführung folgender Tätigkeiten: - Herstellung und Zubereitung von Speisen als Koch mit allen dazugehörigen Leistungen einschließlich Vorbereitung und Nacharbeiten entsprechend jeweils gesondertem Einzelauftrag.

§ 3 Durchführung des Vertrages:

1. Der Auftraggeber erteilt dem Auftragnehmer jeweils Einzelaufträge zur Erbringung der Leistungen nach § 1. Den Einzelaufträgen liegt jeweils dieser Rahmenvertrag zugrunde. Der Auftragnehmer ist nicht verpflichtet, eine Einzelbeauftragung anzunehmen. Der Auftragnehmer

hat keinen Anspruch auf Erteilung eines Einzelauftrags. 2. Der Auftragnehmer erbringt seine Tätigkeit unabhängig und frei von Weisungen. Er ist jedoch verpflichtet, die im Einzelauftrag vereinbarten Bedingungen einzuhalten. () 4. Der Auftraggeber stellt dem Auftragnehmer insbesondere folgende, zur Durchführung des Vertrages notwendige Mittel zur Verfügung: Kücheneinrichtung mit Dampfgarer, Kühlschränke, Wurstschneidemaschine, Induktionsherd, mehrere Kochtöpfe, Gemüseschneider, Geschirr, Zubehör. Es wird ausdrücklich darauf hingewiesen, dass Küchengeräte wie Messer, Zangen und Gabeln nicht vom Auftraggeber zur Verfügung gestellt werden. Die überlassenen Sachen sind pfleglich zu behandeln und bei Beendigung der Zusammenarbeit zurückzugeben. 5. Der Auftraggeber gewährt dem Auftraggeber Zutritt zu den Geschäfts- und Betriebsräumen, soweit dies zur Durchführung des Vertrages notwendig ist.

§4 Vergütung

1. Der Auftragnehmer erhält als Vergütung ein Honorar von EUR 30,- zuzüglich Mehrwertsteuer in der jeweils gesetzlichen Höhe pro Stunde als Pauschalhonorar für die Durchführung der in § 1 dieses Vertrages beauftragten Leistungen. 2. Der Auftragnehmer rechnet seine Vergütung nach erbrachter Leistung ab. Das Honorar ist spätestens 30 Tage nach Eingang der Rechnung zur Zahlung fällig. 3. Soweit in diesem Vertrag oder ergänzenden schriftlichen Regelungen keine anderweitige Vereinbarung getroffen wurde, ist mit der Vergütung die gesamte Tätigkeit des Auftragnehmers abgegolten.

§ 5 Ersatz von Aufwendungen

1. Der Auftraggeber erstattet dem Auftragnehmer folgende Aufwendungen: - Sofern der Auftragnehmer im Auftrag des Auftraggebers den Einkauf tätigt, wird für die private Fahrzeugbenutzung eine Kilometerentschädigung von 0,32 EUR pro Kilometer bezahlt. - Sämtliche Lebensmittel zum Einkaufspreis. - Soweit die Erstattung nicht pauschal vereinbart ist, sind die Aufwendungen durch Belege nachzuweisen.

Mit Anhörungsschreiben vom 14.09.2009 teilte die Beklagte der Klägerin und dem Beigeladenen Ziff. 1 mit, sie beabsichtige, einen Bescheid über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung zu erlassen.

Die Klägerin nahm hierzu mit Schreiben vom 06.10.2009 Stellung und führte aus, sie betreibe keine Speisegaststätte, sondern ein Fahrzeug- und Spielzeugmuseum. Dort biete sie ausschließlich für Gruppen eine Gastronomie an, die anlassbezogen für Betriebsfeiern und Geburtstage gebucht werden könne. Sie halte nicht ständig einen Koch vor, sondern werde nur nach entsprechendem Auftrag tätig. Der Beigeladene Ziff. 1 beliefe sie zu solchen Anlässen entweder mit in seinem Betrieb hergestellten Maultaschen oder werde als Koch für eine solche Veranstaltung gebucht. Die gelieferten Maultaschen würden jeweils von Mitarbeitern der Klägerin erwärmt und serviert. Durch die Beauftragung des Beigeladenen Ziff. 1 als Mietkoch sei es ihr möglich geworden, über solche einfachen Speisen hinaus ein größeres Angebot anzubieten. Die freiberufliche Tätigkeit eines Mietkochs als Dienstleister bei einzelnen Veranstaltungen sei in der Rechtsprechung grundsätzlich anerkannt. Konkret verlaufe die Zusammenarbeit in der Weise, dass die Klägerin eine Anfrage einer Gruppe entgegennehme, den Termin mit dem Beigeladenen Ziff. 1 abkläre, bei Zusage diesen als Koch für die Veranstaltung buche und der Gruppe die Anfrage bestätige. Die Anfragen würden in einer Liste zusammengestellt und dem Beigeladenen Ziff. 1 zugeleitet. Dieser lege fest, für welche Veranstaltungen er als Mietkoch zur Verfügung stehe. Im Laufe der Zeit habe sich ergeben, dass der Beigeladene Ziff. 1 der Klägerin bereits im Vorfeld mitteile, wann er Zeit habe bzw. keine Aufträge annehmen könne. So könne die Klägerin bei Anfragen gleich bestimmen, ob sie zu dem jeweiligen Termin mit dem Beigeladenen Ziff. 1 rechnen könne oder nicht. Durch diese weitere Standardisierung der Zusammenarbeit würden aber kein Weisungsrecht der Klägerin oder ein Anspruch auf Übernahme einer Tätigkeit für Zeiten erwachsen, in denen der Beigeladene Ziff. 1 grundsätzlich verfügbar sei. Der Beigeladene Ziff. 1 entscheide in jedem Einzelfall, ob und welche Veranstaltungen der Anfrageliste er annehme. Habe der Beigeladene Ziff. 1 die Veranstaltung zugesagt, werde er entsprechend tätig, meist setze er sich als Caterer schon im Vorfeld mit den Gruppen in Verbindung, um die Speisen und das Angebot zu besprechen. Er trete gegenüber den Gruppen nicht als Mitarbeiter der Klägerin auf, sondern stelle sich am Veranstaltungstag den Teilnehmern vor und verteile auf Nachfrage seine Visitenkarten. Nicht selten werde er im Nachgang zu den Veranstaltungen von den Teilnehmern selbst gebucht. Die Zutaten würden entweder vom Beigeladenen Ziff. 1 selbst auf Rechnung der Klägerin oder aufgrund seiner Angaben von der Klägerin eingekauft. Der Beigeladene Ziff. 1 komme entweder am Tag des Ereignisses oder am Vortag in eigener Verantwortung und nach eigener Planung in die Küche vor Ort und bereite das Essen vor. Bei großen Veranstaltungen mit mehr als 60 Personen oder in geeigneten Fällen bereite er die Speisen teilweise auch in seiner eigenen Küche in T. zu und liefere diese an. Er plane seine Tätigkeit so, dass die Speisen zum vereinbarten Zeitpunkt fertig würden. Wann der Beigeladene Ziff. 1 mit dem Kochen beginne, ob er alleine arbeite oder Hilfspersonen hinzuziehe, sei ihm selbst überlassen. Die Aushilfen in der Küche würden von der Klägerin gestellt. Das Essen werde den Gästen von Mitarbeitern der Klägerin serviert. Die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 sei mit Zubereitung der Speisen beendet. Er trage seine eigene Kleidung mit eigenem Firmenemblem und rechne seine Leistung projektbezogen ggf. zuzüglich Auslagen gegenüber der Klägerin ab. Der Beigeladene Ziff. 1 sei nicht nur für die Klägerin als Mietkoch und Caterer tätig, sondern habe auch andere Auftraggeber. Er betreibe in regelmäßigen Abständen den Mittagstisch in der Alten-Begegnungsstätte in T. und habe noch weitere regelmäßige Kochstellen. Er koche für Familien- oder Betriebsfeiern in den Küchen der jeweiligen Veranstaltungsorte.

Mit Bescheid vom 21.10.2009 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 als Mietkoch bei der Klägerin seit dem 01.11.2005 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die Versicherungspflicht dem Grunde nach beginne mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche bei der zu beurteilenden Tätigkeit ein geringer Einsatz von Kapital und ein geringes unternehmerisches Risiko sowie der Umstand, dass die Küchenräume mit Einrichtung seitens der Klägerin kostenfrei zur Verfügung gestellt würden und eine Zusammenarbeit mit Mitarbeitern der Klägerin erfolge, schließlich auch die Weisungsbefugnis des Beigeladenen Ziff. 1 gegenüber den Mitarbeitern der Klägerin. Zudem werde die Tätigkeit in den Räumen der Klägerin ausgeübt. Als Merkmal für eine selbständige Tätigkeit spreche, dass der Einsatz von Vertretern/Hilfskräften möglich sei; die Klägerin könne das Einsatzgebiet nicht ohne Zustimmung des Beigeladenen Ziff. 1 ändern und dieser könne Aufträge auch ablehnen. In der Gesamtwürdigung würden die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis jedoch überwiegen. Hinsichtlich der Arbeitszeit und dem Arbeitsort seien dem Beigeladenen Ziff. 1 nur scheinbar Gestaltungsfreiheiten eingeräumt. Der zeitliche Rahmen seiner Tätigkeit sei exakt nach Tagen, Stunden oder Minuten bestimmt und derart hinreichend eingegrenzt, dass er als bestimmter zeitlicher Rahmen im Sinne der Rechtsprechung zur persönlichen Abhängigkeit eines Arbeitnehmers zu qualifizieren sei. Der Beigeladene Ziff. 1 habe sich an die vereinbarten Termine der Klägerin mit den Kunden zu halten und könne diese nicht selbst bestimmen. Die für die Erfüllung des Auftrags benötigten Arbeitsmittel würden ihm von der Klägerin teilweise kostenlos zur Verfügung gestellt werden. An den Arbeitsmitteln erlange der Beigeladene Ziff. 1 zu keinem Zeitpunkt Eigentum. Insoweit setze der Beigeladene Ziff. 1 eigene

Betriebsmittel nur in geringem Umfang ein. Ihm würden zwar keine detaillierten, den Kernbereich seiner unternehmerischen Gestaltungsfreiheit tangierenden Weisungen seitens der Klägerin erteilt. Jedoch liege das Letztentscheidungsrecht bei der Klägerin. Arbeitnehmertypisch seien schließlich Regelungen über Sorgfalts- und Obhutspflichten gegenüber den zur Verfügung gestellten Arbeitsmaterialien, daneben die für ein Arbeitsverhältnis typischen Nebenpflichten wie die Vorschriften zum äußeren Erscheinungsbild. Kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit liege vor, wenn zwar die Annahme bestimmter Aufträge abgelehnt werden könne, bei Annahme jedoch eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers erfolge. Der Beigeladene Ziff. 1 schulde ausschließlich seine Arbeitskraft. Die Ausübung der Tätigkeit sei nur an dem durch den Arbeitgeber zugewiesenen Arbeitsplatz möglich. Dabei erfülle der Beigeladene Ziff. 1 seine Aufgabe im Team mit anderen Köchen oder Küchenhilfen des Arbeitgebers. Er sei somit in eine vom Arbeitgeber geschaffene Hierarchie eingebunden und daher funktionsgerecht dienend in dessen Betrieb eingegliedert.

Hiergegen erhob die Klägerin am 16.11.2009 Widerspruch. Zur Begründung des Widerspruchs wiederholte sie die Argumente aus dem Anhörungsverfahren und machte ergänzend geltend, dass das Essen naturgemäß zu einem bestimmten Zeitpunkt fertig sein müsse. Dies treffe für jedes Catering zu. Die Sorgfaltspflichten stellten kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung dar. Jeder der mit Rechtsgütern eines anderen in Berührung komme, habe die im Verkehr erforderliche Sorgfalt aufzuwenden. Ferner gebe es keine Vorschriften zum äußeren Erscheinungsbild. Vielmehr verwende der Beigeladene Ziff. 1 seine eigene Arbeitskleidung mit seinem eigenen Firmenemblem. Der Beigeladene Ziff. 1 sei auch nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert. Es würden keinerlei Weisungen der Klägerin gegenüber dem Beigeladenen Ziff. 1 im Kernbereich seiner Tätigkeit erfolgen. Die Vorgabe, wann das Essen fertig sein müsse, erfolge nicht kraft Weisung, sondern sei Teil der Vereinbarung im Sinne eines Fixgeschäftes. Der Beigeladene Ziff. 1 schulde auch nicht ausschließlich seine Arbeitskraft, sondern bringe auch eigene Arbeitsmittel ein (Messerbesteck) und zumindest gelegentlich auch selbstbeschaffte Nahrungsmittel bzw. die bestellten Maultaschen. Ferner übe der Beigeladene Ziff. 1 seine Tätigkeit nicht im Team mit anderen Köchen aus. Mit Küchenhilfen der Klägerin arbeite der Beigeladene Ziff. 1 funktionsgerecht zusammen, erteile ihnen aber keine arbeitsrechtlichen Weisungen. Der Beigeladene Ziff. 1 sei in keine von der Klägerin geschaffene Hierarchie eingebunden.

Mit Änderungsbescheid vom 09.03.2010 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin die Versicherungspflicht des Beigeladenen Ziff. 1 in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung fest, beginnend am 26.11.2005. Versicherungspflicht bestehe für folgende Zeiträume: 26.11.2005 bis 28.01.2006, 26.04.2006 bis 28.04.2006, 11.01.2007 bis 13.01.2007, 01.03.2007 bis 21.03.2007 und ab 22.05.2007.

Mit Widerspruchsbescheid vom 12.05.2010 wies die Beklagte den Widerspruch der Klägerin als unbegründet zurück. Ein Koch sei in einem Gastronomiebetrieb grundsätzlich abhängig beschäftigt, auch wenn er beim Einkauf und der Kalkulation der Speisen mitwirke. Ein Koch schulde ausschließlich seine Arbeitskraft gegenüber dem Arbeitgeber. Den Gästen des Arbeitgebers bzw. dessen Kunden gegenüber trete der Koch nicht als selbständiger Unternehmer, sondern als Mitarbeiter des Hauses auf. Entsprechendes gelte im Fall des Beigeladenen Ziff. 1. Gegen eine abhängige Beschäftigung spreche weder, dass der Beigeladene Ziff. 1 als Koch kurzzeitig während der Dauer von Veranstaltungen tätig werde, noch dass der Beigeladene Ziff. 1 nur sporadisch für die Klägerin tätig werde. Auch sei die Ausübung der Tätigkeit nur an dem durch die Klägerin zugewiesenen Arbeitsplatz (ihrer Küche) möglich. Der Beigeladene Ziff. 1 unterhalte keine eigene Betriebsstätte. Dem Beigeladenen Ziff. 1 sei während der Ausübung der Tätigkeit eine freie Wahl der Arbeitszeit im Wesentlichen nicht möglich, da bei entsprechender Zusage die Arbeitsleistung für die gesamte Dauer der Veranstaltung bzw. des Arbeitstages geschuldet sei. Der Beigeladene Ziff. 1 erfülle seine Aufgabe im Team mit anderen Köchen oder Küchenhilfen. Die Arbeitsleistung sei somit in eine von der Klägerin geschaffene Hierarchie eingebunden und funktionsgerecht dienend in den Betrieb der Klägerin eingegliedert. Die Bereitstellung eigener Kleidung, eigener Messer und Küchenutensilien sowie die Tragung der Anfahrtskosten stellten kein unternehmerisches Risiko dar, da derartige Kosten zunehmend auch von Arbeitnehmern getragen würden, ohne dass ihnen adäquate Einkommensverbesserungen gegenüber stünden. Welche Vor- und Hauptspeisen vom Beigeladenen Ziff. 1 gefertigt würden, bestimme sich allein nach dem Angebot der Klägerin gegenüber den Gästen/Kunden. Der Beigeladene Ziff. 1 werde angewiesen, die Speisen entsprechend dem Angebot zu fertigen. Dass der Beigeladene Ziff. 1 beratend tätig werde, spreche ebenfalls nicht gegen eine abhängige Beschäftigung. Auch viele angestellte Köche würden den Arbeitgeber hinsichtlich der angebotenen Speisen beraten.

Die Klägerin erhob am 01.06.2010 Klage vor dem Sozialgericht Reutlingen, zu deren Begründung sie ihre Ausführungen im Anhörungs- und im Widerspruchsverfahren wiederholte und vertiefte. Am 23.03.2011 führte das SG einen Erörterungstermin durch, bei dem es insbesondere den Beigeladenen Ziff. 1 anhörte, der seine Tätigkeit und die Art und Weise der Beauftragung näher beschrieb. Wegen Einzelheiten wird auf die Niederschrift Bl. 17/18 SG-Akte Bezug genommen.

Mit Urteil vom 15.06.2011 hob das Sozialgericht den Bescheid der Beklagten vom 21.10.2009 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 09.03.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 12.05.2010 auf und stellte fest, dass der Beigeladene Ziff. 1 in seiner Tätigkeit als Mietkoch bei der Klägerin nicht aufgrund einer abhängigen Beschäftigung sozialversicherungspflichtig sei, sondern Beitragsfreiheit in der gesetzlichen Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Die Gesamtabwägung der maßgeblichen Anhaltspunkte für die Abgrenzung einer abhängigen von einer selbständigen Tätigkeit ergebe hier ein Überwiegen der Merkmale zu Gunsten der selbständigen Tätigkeit. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei das Argument des weitgehenden Fehlens eines Unternehmerrisikos mangels Kapitaleinsatzes kein durchschlagendes Argument für eine abhängige Beschäftigung. Nicht jedes Fehlen eigener Produktionsmittel ("Equipment") lasse eine Tätigkeit als abhängig erscheinen (vgl. LSG Berlin-Brandenburg, Urt. v. 23.01.2009 - Az.: [L 1 KR 26/08](#)). Zwar habe der Beigeladene Ziff. 1 von der Klägerin wesentliche Betriebsmittel mietfrei zur Verfügung gestellt bekommen. Nach den vertraglichen Regelungen im Vertrag über freie Mitarbeit unter § 3 Ziffer 4 habe die Klägerin dem Beigeladenen Ziff. 1 die Kücheneinrichtung mit Dampfgarer, Kühlschränke, Wurstschneidemaschine, Induktionsherd, mehrere Kochtöpfe, Gemüseschneider, Geschirr, Zubehör zur Verfügung zu stellen. Die vom Beigeladenen Ziff. 1 eingebrachten Utensilien (z.B. Messerbesteck) fielen demgegenüber nicht ins Gewicht. In vielen Wirtschaftsbereichen gebe es aber Konstellationen, in welchem das Kriterium der eigenen Produktionsmittel zurücktrete hinter das der Inanspruchnahme fachspezifischer Kompetenz, etwa die Dienst- bzw. Werkleistungen des Lotsen, des Partyausrichters, des Einkaufs- bzw. Stylingberaters und des Werkskantinenbetreibers. Diese Freiberufler bzw. Gewerbetreibenden bedienten sich ausschließlich oder überwiegend der Einrichtungen der Auftraggeber. Auch die Vergütung nach Stunden spreche nicht gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Bei Dienstleistungen in betriebsmittelarmen Bereichen, in denen denknotwendig der persönliche Arbeitseinsatz im Vordergrund stehe, sei die Abrechnung auf Stundenbasis üblich und eigne sich daher nur sehr eingeschränkt als Unterscheidungskriterium für die Abgrenzung einer selbständigen zu einer abhängigen Beschäftigung. Entsprechendes gelte für die von der Beklagten angeführten Regelungen über Sorgfalts- und Obhutspflichten gegenüber den zur Verfügung

gestellten Arbeitsmaterialien. Derartige Regelungen seien in Vertragsgestaltungen sowohl für selbständig als auch für abhängig Beschäftigte üblich und daher nur indiziell als Unterscheidungskriterium geeignet. Maßgebend sei aber der Umstand, dass der Beigeladene Ziff. 1 bei der Klägerin nicht in die Arbeitsorganisation eingegliedert sei, jederzeit Aufträge ohne Angabe eines Grundes ablehnen könne und auch einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht der Klägerin nicht unterliege. Zwar gebe es aufgrund der Eigenart der Dienstleistung notwendigerweise eine zeitliche Vorgabe, wann das Essen letztlich zubereitet und serviert werden müsse. Derartige Zeitvorgaben seien aber weder im Dienst- noch im Werkleistungsbereich ungewöhnlich und eigneten sich daher nur sehr eingeschränkt als Unterscheidungskriterium für die Abgrenzung einer selbständigen zu einer abhängigen Beschäftigung. Entscheidend sei vielmehr, dass dem Beigeladenen Ziff. 1 hinsichtlich der Zubereitung der Speisen seitens der Klägerin keinerlei Zeitvorgaben gemacht und ihm auch keinerlei Weisungen erteilt würden. Auch die Art der Ausführung werde dem Beigeladenen Ziff. 1 nicht vorgeschrieben. Im Rahmen der Einzelbeauftragung werde das Essen bzw. das Menü in Absprache mit dem Kunden festgelegt. Die verschiedenen Menü-Vorschläge würden mit dem Beigeladenen Ziff. 1 abgesprochen und drei- bis viermal im Jahr ergänzt, abgeändert oder erweitert. Wie der Beigeladene Ziff. 1 dieses Menü zubereite, sei ihm überlassen. Es gebe keine Vorschriften zum äußeren Erscheinungsbild. Vielmehr verwende der Beigeladene Ziff. 1 seine eigene Arbeitskleidung mit seinem eigenen Firmenemblem. Der Beigeladene Ziff. 1 trete auch für die Gäste erkennbar nach außen als selbständiger Koch und nicht als Mitarbeiter der Klägerin auf und verteile bei Bedarf seine Visitenkarten an die Gäste. Entgegen der Auffassung der Beklagten sei dem Beigeladenen Ziff. 1 ein wesentlicher Gestaltungsspielraum eingeräumt, der weit über das hinausgehe, was einem Arbeitnehmer an Freiraum zugebilligt werde. Ferner übe der Beigeladene Ziff. 1 seine Tätigkeit nicht im Team mit anderen Köchen aus. Es gebe bei einer Beauftragung des Beigeladenen Ziff. 1 keine anderen Köche. Mit Küchenhilfen der Klägerin arbeite der Beigeladene Ziff. 1 funktionsgerecht zusammen, erteile ihnen aber keine arbeitsrechtlichen Weisungen. Aufgrund der beengten Räumlichkeiten in der Küche der Klägerin erfolge zwischen den Küchenhilfen und dem Beigeladenen Ziff. 1 häufig keine gemeinsame Essenszubereitung, sondern diese erfolge zeitlich gestaffelt. Der Beigeladene Ziff. 1 sei auch in keine von der Klägerin geschaffene Hierarchie eingebunden. Der Beigeladene Ziff. 1 habe keinen Weisungsgeber. Die Klägerin betreibe primär ein Fahrzeug- und Spielzeugmuseum und ermögliche nur nebenbei als Serviceleistung gastronomische Events in den Räumlichkeiten des Museums. Diese Besonderheit berücksichtige die Beklagte nicht ausreichend bei ihrer Beurteilung der Beschäftigung des Beigeladenen Ziff. 1 bei der Klägerin. Bei dieser Konstellation liege es nahe, für diese gastronomischen Events die entsprechende Dienstleistung von außen zuzukaufen und nicht einen eigenen fest angestellten Koch einzustellen. Die Engagements des Beigeladenen Ziff. 1 seien zudem zeitlich eng begrenzt und würden unregelmäßig stattfinden. Ferner sei der Beigeladene Ziff. 1 für eine Vielzahl weiterer Auftraggeber tätig. Die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 für die Klägerin mache ausweislich seiner Angaben im Erörterungstermin am 23.03.2011 auf Jahressicht lediglich 30 % seiner Tätigkeit aus. Im Übrigen fehle jede soziale Absicherung, sei es in Form einer Lohnfortzahlung im Krankheitsfall, in Form von Urlaubsgewährung oder eines Honorarausfalls bei Nichtdurchführbarkeit des Auftrages.

Gegen das ihr am 08.08.2011 zugestellte Urteil hat die Beklagte am 07.09.2011 Berufung eingelegt. Sie beruft sich auf ein Urteil des Hessischen LSG vom 12.07.2007 ([L 8 KR 127/05](#)) und führt aus, der Beigeladene Ziff. 1 habe kein Unternehmerrisiko getragen. Die für die Auftragsbefreiung notwendigen Zutaten habe die Klägerin bereitgestellt und die Vergütung sei auf Stundenlohnbasis erfolgt. Der Beigeladene Ziff. 1 müsse einerseits kein eigenes Kapital mit ungewissem Erfolg für die Beschaffung von Lebensmitteln einsetzen und habe andererseits keine Möglichkeit, durch eigenverantwortliche Kalkulation einen Gewinn zu erzielen. Geschuldet werde lediglich das Tätigwerden als Koch und nicht - wie bei Selbständigen üblich - die eigenverantwortliche Herstellung von Speisen für eine vorgegebene Anzahl von Personen zu einem bestimmten Endpreis. Der Beschäftigte schulde die weisungsgemäße Verwendung seiner Arbeitskraft. Der durch Werkvertrag Verpflichtete schulde hingegen den fassbaren Erfolg seiner Tätigkeit, ein zu erzielendes Ergebnis. Seine Verpflichtung erschöpfe sich nicht in einem Tätigsein während einer bestimmten Zeit, sondern werde erst mit dem gelungenen Ergebnis seiner Tätigkeit erfüllt. Der Beschäftigte sei auch nicht - wie in der Regel ein Werkunternehmer - Gewährleistungsansprüchen des Auftraggebers bei mangelhafter Erfüllung ausgesetzt, sondern werde nach einem vereinbarten Stundenlohn ohne Abzüge für etwaige Schlechtleistungen vergütet. Ein Beschäftigter laufe somit nicht Gefahr, dass die vom ihm produzierten Güter nicht abgenommen würden und trage deshalb kein Unternehmerrisiko. Ein wesentliches Merkmal für eine Eingliederung in den Betrieb sei der Umstand, dass der Verpflichtete seine Tätigkeit nicht ohne die Benutzung der Einrichtungen des Betriebes ausführen könne. Er sei vielmehr - wie auch vorliegend - vom personalen und sächlichen Apparat des Betriebes abhängig (vgl. BSG-Urteile vom 22.11.1973 - [12 RK 17/72](#) und [12 RK 19/72](#)). Dabei sei zu berücksichtigen, dass auch eine Arbeitsleistung, die ohne oder nahezu ohne besondere Weisung erbracht werde, fremdbestimmt sei, wenn sie von der Ordnung des jeweiligen Betriebes geprägt werde. An die Stelle der Weisungsgebundenheit trete in solchen Fällen die funktionsgerechte, dienende Teilhabe am Arbeitsprozess (vgl. [BSGE 20, 6](#), 8 und SozR Nr. 55 zu § 165 RVO jeweils unter Hinweis auf [BSGE 16, 289](#), 293, 294 sowie die o.g. BSG-Urteile vom 22.11.1973). Der Beigeladene Ziff. 1 habe auch mit Mitarbeitern der Klägerin zusammengearbeitet und diesen - entgegen der Ansicht des SG - Weisungen erteilt, etwa wenn er das Zureichen von Zutaten, z.B. Zwiebeln oder Salat - geschnitten, gewaschen oder sonst wie vorbereitet, fordere. Dass der Beigeladene Ziff. 1 Rechnungen gestellt und weder Urlaub, noch Entgeltfortzahlung oder Sozialleistungen von der Klägerin erhalten habe, sei wohl dem subjektiven Willen der Beteiligten geschuldet, eine selbständige Tätigkeit vereinbaren zu wollen, hebe die Beschäftigteneigenschaft aber nicht auf, da insbesondere Lohnfortzahlung und bezahlter Urlaub in Höhe der gesetzlichen Mindestansprüche beim Vorliegen eines Arbeitsverhältnisses nicht abdingbar seien. Es bestehe ein allgemeiner Trend, durch Outsourcing besonders im Personalbereich Kosten zu reduzieren. Die Firmen hielten in der Regel einen möglichst geringen Mitarbeiterstamm und versuchten, Auftragsschwankungen durch so genannte "freie Mitarbeiter" aufzufangen und abzuwickeln. Dass der Beigeladene Ziff. 1 für weitere Auftraggeber tätig werde, sei ebenfalls kein Indiz für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit. Von der Möglichkeit der Ausübung mehrerer Beschäftigungsverhältnisse gehe das Gesetz in Regelungen der [§§ 8 Abs. 2 Satz 1, 22 Abs. 2 SGB V](#) selbst aus. Nach der Auffassung des BSG müsse derjenige, der Arbeitnehmer in geringfügigem Umfang beschäftige, sogar regelmäßig damit rechnen, dass diese Arbeitnehmer früher oder später daneben weitere Beschäftigungen aufnehmen würden (Urteil vom 23.02.1988 - [12 RK 43/87](#)). Die Tatsache, dass die Klägerin keine Gaststätte sei, sondern in ihrem Fahrzeug- und Spielzeugmuseum als Serviceleistung auch gastronomische Events anbiete, die in unregelmäßigen Abständen stattfinden würden, sei - entgegen der Auffassung des SG - für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht entscheidend.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 15.06.2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen,

hilfsweise, die Revision zuzulassen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des Sozialgerichts für zutreffend und wiederholt ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren und dem erstinstanzlichen Verfahren. Ergänzend führt sie aus, das entscheidende Abgrenzungskriterium zwischen abhängiger und selbstständiger Beschäftigung sei hier, ob sich der Tätige in eine vom Auftraggeber vorgegebene betriebliche Ordnung einzugliedern habe, und zwar in einem solchen Maße, dass von einer fremdbestimmten Tätigkeit im Hinblick auf Art, Ort, Zeit und Umfang seiner Tätigkeit auszugehen sei. Die Beklagte behauptete dies für den vorliegenden Fall in ihrer Berufungsbegründung, stütze dies aber auf einen nicht zutreffenden Sachverhalt. Der Beigeladene Ziff. 1 habe gerade nicht mit den Mitarbeitern der Klägerin zusammengearbeitet, oder jedenfalls nicht aufgrund einer von der Klägerin vorgegebenen betrieblichen Ordnung, in die er sich hätte einfügen müssen. Der Beigeladene Ziff. 1 habe vielmehr am Vortag der Veranstaltung bzw. am Tag der Veranstaltung so weit als möglich die Speisen vorbereitet und zwar allein. Mangels Anwesenheit anderer Mitarbeiter habe er auch keine Anweisungen erteilen können. Die vorbereitenden Tätigkeiten (z.B. Salat schneiden) seien in der Regel in seiner Abwesenheit von Aushilfskräften der Klägerin durchgeführt worden. Selbst wenn er jedoch den von der Klägerin zur Verfügung gestellten Aushilfskräften Anweisungen erteilt hätte, binde ihn dies nicht in die Hierarchie der Klägerin ein. Sofern die Aushilfskräfte nicht ordnungsgemäß gearbeitet hätten, hätte er sich an die Klägerin wenden müssen, die dann ihrerseits die Aushilfskräfte hätte anweisen müssen. Anders als in der von der Beklagten herangezogenen Entscheidung des hessischen LSG habe der Beigeladene Ziff. 1 seine Tätigkeit nicht mit anderen Köchen in einem Team ausgeübt, seine Arbeit sei nicht kontrolliert worden und er habe keinen Anwesenheitsnachweis zu führen. Er erscheine auch nicht als Mitarbeiter der Klägerin. Er habe sich entgegen der Auffassung der Beklagten gerade keinem Weisungsrecht der Klägerin hinsichtlich Ort, Zeit und Dauer des Arbeitseinsatzes zu unterwerfen.

Die Beigeladenen haben sich im Verfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vortrags der Beteiligten wird auf deren Schriftsätze sowie auf die Akten der Beklagten, des Sozialgerichts und des Senats Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten ist gem. [§§ 143, 144, 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) ohne Zulassung durch das Sozialgericht statthaft und auch sonst zulässig.

Die Berufung ist aber nicht begründet. Das Sozialgericht hat zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene Ziff. 1 in der bei der Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Mietkoch nicht der Versicherungspflicht zu allen Zweigen der Sozialversicherung unterliegt. Der angefochtene Bescheid der Beklagten vom 21.10.2009 in der Fassung des Änderungsbescheids vom 09.03.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 12.05.2010 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Das Sozialgericht hat diesen Bescheid zu Recht aufgehoben. Entgegen der Auffassung der Beklagten unterliegt der Beigeladene Ziff. 1 in seiner Tätigkeit als Mietkoch für die Klägerin nicht der Sozialversicherungspflicht.

Die angefochtenen Bescheide sind zwar formell rechtmäßig. Die Beklagte war zu ihrem Erlass gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) sachlich zuständig und die Bescheide sind - jedenfalls nach Erlass des während des Widerspruchsverfahrens ergangenen Änderungsbescheids vom 09.03.2010 - auch hinreichend bestimmt und beschränken sich nicht auf eine unzulässige Feststellung von Elementen eines Rechtsverhältnisses.

Die angefochtenen Bescheide sind aber materiell rechtswidrig. Der Beigeladene Ziff. 1 hat bei der Klägerin in seiner Tätigkeit als Koch keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt, sondern war selbständig erwerbstätig.

Gemäß [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#), [§ 24 SGB III](#), [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#) und [§ 20 SGB XI](#) setzt die Versicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken-, Arbeitslosen-, Renten- und Pflegeversicherung jeweils ein Beschäftigungsverhältnis voraus. Beschäftigung ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)).

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts erfordert das Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses, 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Vornehmlich bei Diensten höherer Art kann das Weisungsrecht auch eingeschränkt und zur "dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein (dazu BSG, Ur. v. 18.12.2001, - [B 12 KR 10/01 R](#) -). Höhere Dienste werden im Rahmen abhängiger Beschäftigung geleistet, wenn sie fremdbestimmt bleiben, sie in einer von der anderen Seite vorgegebenen Ordnung des Betriebs aufgehen (BSG, Ur. v. 19.06.2001, - [B 12 KR 44/00 R](#) -). Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit sowie das Unternehmerrisiko gekennzeichnet (vgl. BSG, Ur. v. 29.08.2012, [B 12 KR 25/10 R](#)). Letzteres besteht meist in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital zu verlieren oder nicht ausreichend nutzen zu können; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel wird somit regelmäßig ungewiss sein. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen.

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung

vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urt. v. 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) - und - [B 12 R 14/10 R](#) -).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der abhängigen Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d. h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht (ebenso die Behörde) insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht rein schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb - der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend - voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d. h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (so BSG, Urt. v. 24.05.2012, - [B 12 KR 14/10 R](#) - und - [B 12 KR 24/10 R](#) -). Diese Abwägung stellt sich für die die Statusbeurteilung vornehmende Behörde freilich als nachvollziehende bzw. heteronome Abwägung im Sinne der Subsumtion des Lebenssachverhalts unter einen unbestimmten Rechtsbegriff (ohne Beurteilungsspielraum) dar; eine autonome Abwägung mit eingeschränkter gerichtlicher Kontrolldichte findet nicht statt.

Nach diesen Maßstäben ist für die vom Beigeladenen Ziff. 1 bei der Klägerin ausgeübte Tätigkeit als Koch nicht von einer abhängigen Beschäftigung auszugehen. Der Senat teilt die Auffassung des Sozialgerichts zur Einschätzung der streitgegenständlichen Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 und nimmt zur Begründung auf die Ausführungen im erstinstanzlichen Urteil Bezug ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Ergänzend ist im Hinblick auf das Berufungsvorbringen der Beklagten das Folgende auszuführen:

Nach der Rechtsprechung des Senats (Urt. v. 16.01.2008 - [L 5 KR 714/05](#)) ist ein Koch, der nur tageweise für einen Gastronomiebetrieb tätig wird, regelmäßig als abhängig beschäftigter Arbeitnehmer einzustufen, wenn er anstelle eines anderen Kochs ersatzweise oder zusätzlich angefordert wird. Demgegenüber ist selbständiger Caterer, wer im eigenen Betrieb Speisen herstellt und in fremden Räumen eine Art Außenstelle seines Betriebs einrichtet, wo die Speisen ggfs. aufgewärmt und danach serviert werden; dabei wird typischerweise die auswärtige Infrastruktur mitbenutzt und nur das fehlende Equipment mitgebracht. Im vorliegenden Fall ähnelt - nach Anwendung der oben beschriebenen Rechtsgrundsätze - die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 mehr der eines selbständigen Caterers als der eines angestellten Mietkochs.

Entgegen der Auffassung der Beklagten ist für das Gesamtbild der Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 hier in besonderer Weise prägend, dass er bei der Klägerin nicht in einem Gaststättenbetrieb tätig ist. Hierauf hat das Sozialgericht zutreffend abgestellt. Die Klägerin betreibt gerade keine Gaststätte mit angestelltem Küchenpersonal, sondern sie führt ein Fahrzeug- und Spielzeugmuseum, in dem sie lediglich anlassbezogen Gruppen bewirtet. Dies unterscheidet die Klägerin in mehrfacher Hinsicht von Gastronomiebetrieben mit der Folge, dass sich auch die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 nicht in einer Weise darstellt, wie es bei der Tätigkeit von Mietköchen in Gastronomieküchen üblicherweise der Fall ist.

Die Klägerin verfügt schon nicht über eine eigene Betriebsorganisation, in die sich der Beigeladene Ziff. 1 einfügen hätte. Gerade weil die Klägerin keinen eigenen Gastronomiebetrieb führt, kann sie dem Beigeladenen Ziff. 1 keine fachlichen Weisungen erteilen, denen dieser nachzukommen hätte. Der Beigeladene Ziff. 1 bestimmt wesentliche Inhalte und den Ablauf seiner Tätigkeit selbst; diese wird gerade nicht durch die Ordnung des Betriebes der Klägerin geprägt. Maßgebliche Vorgaben für die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 enthalten vielmehr die Einzelaufträge, die das Datum der Veranstaltung, die Anzahl der Teilnehmer und die Art der zuzubereitenden Speisen bestimmen. Die Tätigkeit des Beigeladenen ist darauf ausgerichtet, die zeitgerechte Zubereitung der Speisen in der gewünschten Menge und Qualität zum Verzehr durch die Gäste zu gewährleisten. Wie und wo der Beigeladene Ziff. 1 seine Tätigkeit ausübt, unterliegt allein seiner eigenen Entscheidung, er ist in diesem Kernbereich seiner Tätigkeit an keine Weisungen der Klägerin gebunden. So hat der Beigeladene Ziff. 1 angegeben, die Speisen je nach Menge und Art gegebenenfalls auch in seiner Küche vorzubereiten, zum Teil bereitet er diese auch nur zu und liefert sie bei der Klägerin an, so etwa die Maultaschen. Wann der Beigeladene Ziff. 1 die Küche der Klägerin nutzt, unterliegt seiner Entscheidungsfreiheit ebenso wie die Entscheidung, wann er mit seiner Tätigkeit beginnt und ob er diese alleine ausführt, oder auf den Einsatz von Hilfskräften zurückgreift. Der Beigeladene Ziff. 1 fügt sich damit nicht in einen vorgegebenen Arbeitsprozess der Klägerin ein, sondern bestimmt diesen selbst. Dazu gehört auch, dass er dem gegebenenfalls von der Klägerin gestellten Hilfspersonal Anweisungen erteilt. Dies macht ihn aber nicht selbst zu einem abhängigen Beschäftigten, da er nicht in eine Hierarchie der Klägerin eingebunden ist. Eine solche existiert bei der Klägerin mangels Betriebsstruktur im Gastronomiebereich nicht.

Die Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1, der auch für andere Auftraggeber tätig ist, etwa für die Altenbegegnungsstätte T., Firmen oder Privathaushalte, ist typischerweise dadurch geprägt, dass er stets auch in den Küchen der Auftraggeber arbeitet, um dort die vereinbarten Speisen zuzubereiten bzw. fertigzustellen. Als Merkmal einer abhängigen Beschäftigung ist die Nutzung der von der Klägerin zur Verfügung gestellten Arbeitsmittel deshalb hier nicht zu verstehen. Sie entspricht vielmehr der Eigenart der Tätigkeit eines Caterers, der nicht allein seine Arbeitskraft, sondern vor allem den vereinbarten Erfolg schuldet. Der Beigeladene Ziff. 1 tritt gegenüber den Gästen nicht als Mitarbeiter der Klägerin, sondern in seiner eigenen Arbeitskleidung auf und macht für seine Tätigkeit durch Verteilung von Visitenkarten Werbung. Er hat schließlich auch auf das Speisenangebot Einfluss, da er die Menuevorschläge zusammen mit der Klägerin erstellt. Auch insoweit unterliegt er keinen Weisungen der Klägerin, sondern der Inhalt des jeweiligen Auftrages bestimmt sich anhand der Wünsche der Kunden, die aus dem zur Verfügung stehenden, in Absprache mit dem Beigeladenen Ziff. 1 erstellten Angebot auswählen.

Die Klägerin hat im Berufungsverfahren zu Recht beanstandet, dass die Beklagte diese maßgeblichen Aspekte bei ihrer Entscheidung nicht

berücksichtigt hat. Auch der Senat ist der Auffassung, dass hier kein Fall von Outsourcing zur Kosteneinsparung beim Personaleinsatz vorliegt. Die Klägerin bedient sich des Beigeladenen Ziff. 1 stattdessen für eine, ansonsten von ihr nicht angebotene Leistung in der Funktion eines extern herangezogenen Dienstleisters. Die Klägerin beschäftigt gerade keine anderen Köche oder festes Küchenpersonal und setzt den Beigeladenen Ziff. 1 nicht etwa ein, um Auftragsspitzen auszugleichen. Die von der Beklagten herangezogene Entscheidung des Hessischen LSG vom 12.07.2007 ([L 8 KR 127/05](#)) ist deshalb nicht maßgeblich für den vorliegenden Fall, da diese den Einsatz eines Kochs in einem eingerichteten Gastronomiebetrieb betrifft, für den auf die Vergleichbarkeit der Tätigkeit des Mietkoches mit der festangestellter Köche abgestellt werden konnte.

Der zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen Ziff. 1 geschlossene Vertrag bildet das Auftragsverhältnis zwischen diesen entsprechend ab. Es entspricht der selbständigen Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1, dass weder ein Urlaubsanspruch noch Lohnfortzahlung im Krankheitsfall vereinbart ist. Die Abrechnung nach Stunden entspricht der vor allem durch den persönlichen Arbeitseinsatz geprägten Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 und ist deshalb hier kein Merkmal einer abhängigen Beschäftigung.

Zudem spricht die Höhe der Entlohnung für eine selbständige Tätigkeit. Dem Beigeladenen Ziff.1 wurde entsprechend dem genannten Vertrag eine Vergütung von 30,- EUR je Stunde gezahlt. Dem steht als allgemeinkundige Tatsache gegenüber, dass nach dem "Lohn- und Gehaltstarifvertrag für das Hotel- und Gaststättengewerbe in Baden-Württemberg" (gültig vom 01.04.2011 bis 30.06.2013) ein selbständig arbeitender Koch in Tarifgruppe 8 mit 169 Monatsstunden 2128 EUR monatlich bzw. 12,59 EUR pro Stunde erhält. Der hier gewährte Stundensatz von 30 EUR stellt sich somit nicht nur als Entgelt für geleistete Arbeit dar, sondern enthält noch eine Entschädigung für den damit verbundenen unternehmerischen Aufwand.

Handelt es sich deshalb bei der Tätigkeit des Beigeladenen Ziff. 1 nach ihrem Gesamtbild um eine selbständige Tätigkeit, unterliegt sie keiner Sozialversicherungspflicht. Dies hat das Sozialgericht zutreffend festgestellt, so dass die Berufung der Beklagten ohne Erfolg bleiben muss.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i. V. m. [§§ 154 Abs. 1](#) und 3, [162 Abs. 3 VwGO](#). Es entspricht nicht der Billigkeit, der Beklagten auch die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen aufzuerlegen, da diese (insbesondere) keine Sachanträge gestellt und damit kein Prozessrisiko übernommen haben.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 52 Abs. 1 und 2 GKG](#) (vgl. BSG, Beschl. v. 05.03.2010 - [B 12 R 8/09 R](#) - und Urt. v. 04.06.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -). Gemäß [§ 63 Abs. 3 GKG](#) ist der Streitwert für das erstinstanzliche Verfahren von Amts wegen entsprechend zu ändern.

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)). Der Senat folgt der Rechtsprechung des BSG, wobei sich vorliegend keine Rechtsfragen von grundsätzlicher Bedeutung gestellt haben.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2014-03-28