

L 8 R 117/09

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 23 (3,33) R 259/07
Datum
22.06.2009
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 117/09
Datum
15.12.2010
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Die Berufungen der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 22.6.2009 werden zurückgewiesen und die Klagen gegen den Bescheid vom 1.7.2010 abgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist die Versicherungspflichtigkeit des Beigeladenen zu 1) in der Renten-, Kranken- und Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung hinsichtlich seiner Tätigkeiten für die Klägerin ab dem 1.6.2005 bis zum 31.12.2007 streitig.

Die Klägerin ist ein Unternehmen im Gastronomiebereich. In der Hauptsache betreibt sie Mitarbeitergastronomiebetriebe. Daneben ist sie in der Event-Gastronomie, der Kindergarten- und Schulverpflegung sowie im Krankenhaus- und Seniorenbereich tätig. Im Jahre 2006 hatte die Klägerin Standorte in etwa 50 Betrieben in vier Bundesländern. Sie beschäftigte etwa 600 sozialversicherungspflichtige Mitarbeiter. Mittlerweile hat sich die Mitarbeiterzahl auf etwa 1.100 erhöht, wobei der größte Teil der Mitarbeiter in den sog. Betriebsrestaurants eingesetzt wird.

Der Beigeladene zu 1) ist ausgebildeter Koch und begann als solcher Ende der 1970er Jahre für die Klägerin im Rahmen eines sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses zu arbeiten. Zuletzt war er als Betriebsleiter des Betriebsrestaurants bei der Kreisverwaltung in T sozialversicherungspflichtig beschäftigt. Diese Tätigkeit gab er zum 31.5.2005 auf. Als Betriebsleiter hatte der Beigeladene zu 1) zum einen kaufmännische und organisatorische Aufgaben für die Klägerin zu erfüllen, wobei in dem Betriebsrestaurant bei der Kreisverwaltung T etwa 12 Personen arbeiteten. Zum anderen gehörten zu seinem Aufgabengebiet Tätigkeiten als Koch. Die regelmäßige Arbeitszeit lag von etwa 5 Uhr am Morgen bis ca. 15 Uhr am Nachmittag. Neben dieser regelhaften Tätigkeit kam es vor, dass die Klägerin für besondere Ereignisse ergänzenden Bedarf an Köchen hatte. Auf entsprechende Anfrage anderer Betriebsleiter kamen dann Arbeitseinsätze des Beigeladenen zu 1) z.B. in den Abendstunden oder am Wochenende zustande. Die dort geleistete Arbeit wurde entweder als Überstunden vergütet oder in Freizeit ausgeglichen.

Neben dieser Tätigkeit als Betriebsleiter für die Beklagte hatte der Beigeladene zu 1) ein selbstständiges Gewerbe. In dessen Rahmen richtete er für private Kunden insbesondere Buffets für private Feierlichkeiten an.

Aus privaten Gründen wollte der Beigeladene zu 1) sein berufliches Engagement für die Klägerin für die Zeit ab dem 1.6.2005 reduzieren. Ab diesem Zeitpunkt führte er für die Klägerin nur noch Tätigkeiten als Koch aus, während er seine Betriebsleitertätigkeit aufgab. Diesen Tätigkeiten legten die Klägerin und der Beigeladene zu 1) den "Vertrag über die freie Mitarbeit" vom 31.10.2005 zugrunde, der die folgenden Regelungen enthält:

§ 1 Tätigkeit

Frau/Herr C wird ab dem 1.6.2005 die Aufgabe einer/eines freiberuflichen Kochs mit Tätigkeiten, die dem Berufsbild des Kochs entsprechen, übernehmen. Ergänzend wird im Einzelfall auf jeweilige Auftragschreiben verwiesen.

§ 2 Weisungsfreiheit

(1) Der Auftragnehmer unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Weisungen des Auftraggebers. Er ist in der

Gestaltung seiner Tätigkeit (Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung) selbstständig tätig und vollkommen frei. Auf besondere betriebliche Belange im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ist jedoch Rücksicht zu nehmen.

(2) Der Auftragnehmer ist an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort oder zur Arbeitszeit gebunden. Projektbezogene Zeitvorgaben des Auftraggebers sind allerdings einzuhalten, ebenso fachliche Vorgaben des Auftraggebers, soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erforderlich sind.

(3) Der Auftragnehmer ist ferner berechtigt, Aufträge des Auftraggebers ohne Angabe von Gründen abzulehnen.

(4) Gegenüber den Angestellten des Auftraggebers hat der Auftragnehmer keine Weisungsbefugnis.

§ 3 Leistungserbringung

(1) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen. Die Hinzuziehung eigener Mitarbeiter oder die Vergabe von Unteraufträgen bedarf der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers.

(2) Der Auftragnehmer übt seine Tätigkeit in seinen eigenen Räumlichkeiten aus. Soweit in Einzelfällen eine betriebliche Anwesenheit erforderlich wird, stellt der Auftraggeber nach jeweiliger vorheriger Absprache die entsprechenden Einrichtungen zur Verfügung.

§ 4 Unterrichtungspflicht

Beide Vertragsparteien verpflichten sich zur gegenseitigen Kenntnissgabe, sofern sich bei der Vertragsdurchführung Abwicklungsschwierigkeiten oder aber vorhersehbare Zeitverzögerungen ergeben sollten.

§ 5 Fortbildungspflicht des Auftragnehmers

Der Auftragnehmer ist verpflichtet, sich im Rahmen der Durchführung dieses Vertrages über den aktuellen Entwicklungsstand seines Aufgabengebiets zu informieren und fortzubilden.

§ 6 Konkurrenz

Der Auftragnehmer darf auch für andere Auftraggeber oder einen Arbeitgeber tätig sein. Will der Auftragnehmer allerdings für einen unmittelbaren Wettbewerber des Auftraggebers tätig werden, bedarf dies der vorherigen schriftlichen Zustimmung des Auftraggebers.

§ 7 Verschwiegenheit

(1) Der Auftragnehmer verpflichtet sich im Übrigen, über ihm im Rahmen seiner Tätigkeit bekannt gewordene betriebliche Interna, insbesondere Geschäftsgeheimnisse, auch nach seinem Ausscheiden Stillschweigen zu bewahren.

(2) Für jeden Fall der schuldhaften Verletzung der Verschwiegenheitsverpflichtung wird eine Vertragsstrafe in Höhe von 2000,00 EUR vereinbart.

(3) Weiter gehender Schadenersatz sowie die Geltendmachung von Unterlassungsansprüchen bleiben vorbehalten.

§ 8 Honorar

(1) Es wird ein Stundenhonorar von 19,40 EUR zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer vereinbart. Der Auftragnehmer ist verpflichtet, jeweils bis zum 10. des Folgemonats eine spezifizierte Abrechnung in Form einer Rechnung zu erstellen.

(2) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, zusätzlich geleistete Stunden innerhalb von 1 Monat nach Anfall abzurechnen. Bei Überschreiten dieser Frist gelten die Ansprüche als verwirkt.

§ 9 Fälligkeit

Das unter § 8 vereinbarte Honorar wird jeweils zum Monatsende fällig. Die Auszahlung erfolgt unbar.

§ 10 Sonstige Ansprüche/Rentenversicherung

(1) Mit der Zahlung der in diesem Vertrag vereinbarten Vergütung sind alle Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber aus diesem Vertrag erfüllt.

(2) Für die Versteuerung der Vergütung hat der Auftragnehmer selbst zu sorgen.

(3) Der Auftragnehmer wird darauf hingewiesen, dass er nach [§ 2 Nr. 9 SGB VI](#) rentenversicherungspflichtig sein kann, wenn er auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist und keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, deren Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400 EUR im Monat übersteigt.

§ 11 Haftung und Gewährleistung

Sollte der Auftraggeber auf Grund von Leistungen, die vom Auftragnehmer erbracht wurden, in Haftung genommen werden, so verpflichtet sich der Auftragnehmer gegenüber dem Auftraggeber, diesen von derlei Haftung freizustellen.

§ 12 Kündigung

Das Vertragsverhältnis kann unter Einhaltung einer Frist von 1 Monat zum Ende des Monats gekündigt werden. Das Recht zur außerordentlichen Kündigung bleibt hiervon unberührt. Vom Auftraggeber überlassene Arbeits- und Geschäftsunterlagen sowie sonstige Arbeitsmittel sind mit Beendigung des Vertragsverhältnisses unaufgefordert zurückzugeben. Die Geltendmachung eines Zurückbehaltungsrechts ist ausgeschlossen.

§ 13 Erfüllungsort und Gerichtsstand

Erfüllungsort und Gerichtsstand ist C.

§ 14 Keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften

Von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages ist in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bewusst kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften ist nicht beabsichtigt. Dem freien Mitarbeiter soll vielmehr die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft belassen werden. Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit wird nicht begründet.

§ 15 Nebenabreden

(1) Nebenabreden und Änderungen des Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden.

(2) Die teilweise oder vollständige Unwirksamkeit einzelner Vertragsbestimmungen berührt die Wirksamkeit der übrigen Bestimmungen nicht.

Bei seiner Tätigkeit als Koch ab dem 1.6.2005 begann der Kläger zunächst regelmäßig um 5.30 Uhr in der Kantine der Kreisverwaltung T (derselbe Arbeitsort wie bis zum 31.5.2005) zu arbeiten. Zumeist führte er die ihm übertragenen Tätigkeiten bis zum frühen Nachmittag aus. Wenn seine Arbeitskraft nicht mehr benötigt wurde, beendete er die Arbeit in Einzelfällen bereits früher. Die genauen Tätigkeitszeiten des Beigeladenen zu 1) ergeben sich aus seiner Rechnungslegung für den streitigen Zeitraum, die dieser zur Akte gereicht hat und auf die Bezug genommen wird. Die Tätigkeiten des Beigeladenen zu 1) richteten sich an dem zuvor bestimmten Speiseplan aus, auf den er ab dem 1.6.2005 keinen Einfluss mehr hatte.

Soweit es ihm möglich war und angeboten wurde, arbeitete der Beigeladene zu 1) für die Klägerin wie zuvor gelegentlich auch bei besonderen Events in den Abendstunden oder am Wochenende. Daneben führte er seine bisherige selbstständige Tätigkeit, insbesondere das Anrichten von Buffets für private Kundschaft, fort. Seit dem 1.1.2008 war er für die Klägerin zunächst nicht mehr tätig. Lediglich im Rahmen eines Leiharbeitsverhältnisses bei einem Dritten kam es zu gelegentlichen beruflichen Kontakten. Seit Februar 2010 ist der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin wiederum sozialversicherungspflichtig, jedoch in untermitteltigem Umfang angestellt.

Im Oktober 2005 beantragten der Beigeladene zu 1) und die Klägerin die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen zu 1). Sie gaben an, der Beigeladene zu 1) erziele mind. 5/6 seiner gesamten Einkünfte aus der Tätigkeit für die Klägerin. Der Beigeladene zu 1) verneinte die Frage nach Weisungen hinsichtlich der Ausführung der Tätigkeit, bejahte allerdings die Einhaltung von Arbeits- oder Anwesenheitszeiten. Es erfolge kein eigener Kapitaleinsatz. Im November 2006 habe er für insgesamt 18 (sonstige) Kunden Buffets und Menüs gekocht und zubereitet. Eigenes Kapital setze er für diese Tätigkeit in Form von Besteck, Gläsern, Porzellan etc. ein, bei Bedarf auch Tischwäsche, Servietten und Dekorationsmaterial. Hilfskräfte oder Aushilfen habe er nicht. Wenn er als Mietkoch geordert werde, müsse er sich nach den Gegebenheiten seiner Auftraggeber richten. Dabei nehme er auch die Arbeitsgeräte und das Küchenequipment der Auftraggeber in Anspruch; dies sei aus hygienischen Gründen bzw. entsprechenden Hygienevorschriften gar nicht anders möglich.

Mit Bescheid vom 14.3.2007 stellte die Beklagte fest, dass der Beigeladene zu 1) "die Tätigkeit als Mietkoch" seit dem 1.6.2005 im Rahmen eines abhängigen und dem Grunde nach sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses für die Klägerin ausübe.

Den hiergegen am 2.4.2007 erhobenen Widerspruch begründete die Klägerin mit fehlender persönlicher Abhängigkeit des Beigeladenen zu 1). So könne er ohne weiteres Aufträge ablehnen und seine Arbeitszeit frei einteilen. Eine feste Urlaubsregelung gebe es nicht. Ca. 25 % seiner Einkünfte erziele er durch Aufträge anderer Kunden. Die Benutzung der Geräte der Klägerin beruhe auf Hygienegründen. Der Beigeladene zu 1) könne sich auch durch Dritte vertreten lassen, wenn die gesetzlichen Hygienevorschriften eingehalten würden. Auch sei er 2002 schon einmal als Selbstständiger tätig gewesen. Zudem wurden zwei Rechnungen über Anzeigen des Beigeladenen zu 1) für den Kochservice vorgelegt und ein Betriebshaftpflichtversicherungsschein für die Zeit ab dem 10.6.2005. Mit im Wesentlichen entsprechender Begründung legte auch der Beigeladene zu 1) gegen den Bescheid Widerspruch ein.

Die Beklagte wies die Widersprüche mit Widerspruchsbescheid vom 17.7.2007 zurück.

Dagegen erhob die Klägerin unter Intensivierung und Wiederholung ihres bisherigen Vorbringens am 13.8.2007 Klage.

Die Klägerin hat beantragt,

den Bescheid der Beklagten vom 14.3.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2007 aufzuheben und festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit als Mietkoch bei der Klägerin als selbstständiger freier Mitarbeiter ausübt.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat keine gravierende Änderung im Hinblick auf die früher ausgeübte abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin gesehen. Die Klägerin bestimme Arbeitsort- und -zeit und stelle die Arbeitsmittel. Die einzige Freiheit des Beigeladenen bestehe darin, Aufträge abzulehnen. Es überwiegen die Merkmale für eine abhängige Beschäftigung.

Der Beigeladene zu 1) hat sich dem Antrag der Klägerin angeschlossen.

Nachdem das Sozialgericht (SG) Köln den Geschäftsführer der Klägerin, Herrn Q, und den Beigeladenen zu 1) in der mündlichen Verhandlung befragt hatte, hat es die Klage mit Urteil vom 22.6.2009 abgewiesen. Bei der Gesamtwürdigung aller Umstände sei davon auszugehen, dass der Beigeladene zu 1) bei der Klägerin abhängig beschäftigt gewesen sei. Der Vertrag über die freie Mitarbeit hebe zwar die Weisungsfreiheit des Beigeladenen hervor, welcher in Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung selbstständig tätig und vollkommen frei und an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort und zur Arbeitszeit gebunden sein solle. Eingeschränkt werde dies jedoch bereits durch den Zusatz, dass auf besondere betriebliche Belange Rücksicht zu nehmen sei. Auch seien projektbezogene Zeitvorgaben des Auftraggebers einzuhalten, ebenso fachliche Vorgaben, soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung förderlich seien. Darüber hinaus hätten tatsächlich keine Gestaltungsrechte des Beigeladenen zu 1) bzgl. Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung bestanden. Diese seien weitestgehend von der Klägerin und den tatsächlichen Gegebenheiten vorgegeben gewesen. Der Beigeladene zu 1) habe im Übrigen entgegen der vertraglichen Regelung seine Tätigkeit nicht in seinen eigenen Räumen, sondern ausschließlich in den von der Klägerin angepachteten Betriebsrestaurants, ggf. auch bei Veranstaltungen an anderen Orten im Rahmen der Eventgastronomie zur Aufstockung des festen Personalbestandes ausgeübt. Zeit, Dauer, Art und Ort der Ausführung seien damit im Wesentlichen von der Klägerin vorgegeben gewesen. Besonders deutlich werde die Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in den Betrieb der Klägerin durch den Umstand, dass er für sie bei Bedarf gerade typische Arbeiten eines fest angestellten Kochs ausgeführt habe. Wenn ihm bei Bedarf der Klägerin, z.B. wegen Urlaubs oder Krankheitsvertretungen oder erhöhtem Personalbedarf, diese Arbeit angeboten würden, habe er praktisch nur die Möglichkeit, sie insgesamt abzulehnen. Nehme er sie an, sei er in gleicher Weise wie ein fest angestellter Koch in den Betrieb der Klägerin integriert. Eine Weisungsbefugnis gegenüber den anderen Mitarbeitern der Klägerin habe er nicht. Auch sei er grundsätzlich verpflichtet, die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen. Die Zuziehung eigener Mitarbeiter, über die der Beigeladene zu 1) im Übrigen ohnehin nicht verfüge, bedürfe der vorherigen Zustimmung der Klägerin. Als unternehmerische Chance habe er nur die Möglichkeit gehabt, die von der Klägerin angebotene Arbeiten in dem zu vereinbarenden Stundenumfang anzunehmen oder auf entsprechende Einnahmen zu verzichten. Weitere wesentliche unternehmerische Aspekte neben dem im Wesentlichen an Stundensätzen orientierten Aushandeln der Vergütung für die jeweilige Arbeitszeit, welche bei eher standardisierten Speisezubereitungen im Rahmen eines Betriebsrestaurants bzw. einer Kantine vor allen von den Pausenzeiten des versorgten Betriebes abhingen, seien nicht ersichtlich. Der Einsatz von Arbeitsgeräten, Arbeitsmaterialien oder ähnlichem in nennenswertem Umfang erfolge für die Tätigkeit als Kantinenkoch nicht. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten wird auf die erstinstanzliche Entscheidung Bezug genommen.

Gegen das dem Beigeladenen zu 1) und der Klägerin am 30.7.2009 zugestellte Urteil hat der Beigeladene zu 1) am 28.08. und die Klägerin am 30.8.2009 Berufung eingelegt. Sie intensivieren im Wesentlichen ihren erstinstanzlichen Vortrag.

Im Verfahren hat die Beklagte den angefochtenen Bescheid mit Bescheid vom 1.7.2010 geändert. Sie stellt nunmehr fest, dass bzgl. der seit dem 1.6.2005 ausgeübten Tätigkeit des Beigeladenen als Mietkoch bei der Klägerin Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. In der mündlichen Verhandlung hat sie diese Feststellung auf den Zeitraum vom 1.6.2005 bis zum 31.12.2007 beschränkt.

Die Klägerin und der Beigeladene zu 1) beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 22.6.2009 zu ändern sowie den Bescheid der Beklagten vom 14.03.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2007 und des Bescheides vom 1.7.2010 aufzuheben und festzustellen, dass in der vom 1.6.2005 bis zum 31.12.2007 ausgeübten Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung nicht bestanden hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des SG Köln für zutreffend und verweist im Übrigen auf ihre Ausführungen im Verwaltungsverfahren und in der ersten Instanz.

Zur weiteren Aufklärung des Sachverhalts hat das Gericht den Geschäftsführer der Klägerin Q und den Beigeladenen zu 1) im Erörterungstermin vom 17.11.2010 weiter befragt. Hinsichtlich der Einzelheiten ihrer Ausführungen wird auf die Protokollierung Bezug genommen. Im Übrigen ist die den vorliegenden Vorgang betreffende Verwaltungsakte der Beklagten beigezogen worden und Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen.

Entscheidungsgründe:

Gegenstand des Verfahrens ist neben dem erstinstanzlich angefochtenen Bescheid auch der Bescheid vom 1.7.2010 in der Konkretisierung, die er in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2010 erhalten hat. Über diesen Bescheid, der erst im Berufungsverfahren erlassen worden ist, entscheidet der Senat erstinstanzlich auf Klage.

Die zulässigen Berufungen gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 22.6.2009 und die Klagen gegen den Bescheid vom 1.7.2010 sind unbegründet. Der Bescheid der Beklagten vom 14.3.2007 in Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.7.2007 ist in der Fassung, die er durch den Bescheid vom 1.7.2010 und dessen Konkretisierung in der mündlichen Verhandlung vom 15.12.2010 erhalten hat, rechtmäßig. Er verletzt die Berufungsführer nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit als

(Kantinen-) Koch für die Klägerin als abhängig Beschäftigter der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung im Zeitraum vom 1.6.2005 bis 31.12.2007 unterlegen hat.

Die Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1) in den verschiedenen Versicherungszweigen ergibt sich aus [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) i.V.m. Satz 1 Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI), [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III). Danach ist Voraussetzung jeweils eine abhängige Beschäftigung im Sinne von [§ 7 Abs. 1 Satz 2](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV).

Eine Beschäftigung setzt 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 selbstständige 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 selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, zu denen die rechtlich relevanten Umstände gehören, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben (BSG, Urteil v. 1.12.1977, [12/3/12 RK 39/74](#), SozR 2200 § 1127 Nr. 8; v. 4.6.1998, [B 12 KR 5/97](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 13; v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; v. 22.6.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 5; v. 24.1.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 7; v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45; v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11). Maßgeblich ist die zwischen den Beteiligten praktizierte Rechtsbeziehung und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist. Ausgangspunkt der Prüfung sind dabei jeweils die (schriftlichen) vertraglichen Vereinbarungen, soweit solche bestehen. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Ausgestaltung der Vertragsbeziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen.

Der Bewertung und Gewichtung der einzelnen Merkmale durch das SG schließt sich der Senat nach eigener Prüfung der Sach- und Rechtslage im Wesentlichen an. Im Einzelnen:

Mit dem SG geht der Senat davon aus, dass der Beigeladene zu 1) bei seiner Tätigkeit als Koch in die Arbeitsabläufe in der jeweiligen Betriebsstätte der Klägerin, hier meist das Betriebsrestaurant bei der Kreisverwaltung in T, in ganz erheblichem Umfang eingegliedert war und dabei einem umfassenden Weisungsrecht der Klägerin nach Zeit, Dauer, Art und Ort der Ausführung unterlegen hat. Denn zwischen den Beteiligten ist insofern unstreitig, dass die Tätigkeit - wie das SG richtig festgestellt hat - ausschließlich in den Räumlichkeiten der jeweiligen Betriebsstätten der Klägerin ausgeführt werden konnte und nach der insoweit stillschweigenden Übereinkunft der Vertragsparteien auch musste. Denn das Zubereiten der durch das Mitarbeiterrestaurant angebotenen Speisen war nur in der dort eingerichteten Großküche möglich. Auch in zeitlicher Hinsicht war der Beigeladene zu 1) bei der Verrichtung der Tätigkeiten keinesfalls frei. Vielmehr hatte er seine Tätigkeit an dem vorgegebenen Betriebsablauf auszurichten und unterlag entsprechenden Reglementierungen. So zeigen seine Abrechnungen, dass er seine Tätigkeiten ausschließlich morgens um 5.30 Uhr für die Klägerin aufnahm und regelmäßig in den frühen Nachmittagsstunden von 14 Uhr bis 16 Uhr beendete. Auch die Art der Tätigkeit wurde durch die Klägerin in Form der erstellten Speisepläne vorgegeben. Letztlich findet die Weisungsgebundenheit des Beigeladenen zu 1) hinsichtlich der wesentlichen Aspekte seiner Tätigkeit in sachliche, örtlicher und zeitlicher Hinsicht ihren Widerhall auch im "Vertrag über die freie Mitarbeit" vom 31.10.2005. So bestimmt § 2 des Vertrages - ungeachtet seiner missverständlichen Überschrift "Weisungsfreiheit" - in Abs. 1 Satz 3 ausdrücklich, dass betriebliche Belange bei Ausübung der Tätigkeiten zu berücksichtigen sind. Nach Abs. 2 Satz 2 sind überdies projektbezogene Zeitvorgaben und fachliche Vorgaben der Klägerin vom Beigeladenen zu 1) einzuhalten.

Soweit die Klägerin und der Beigeladene zu 1) betonen, für den Beigeladenen zu 1) habe die Möglichkeit bestanden, ggf. schon am späten Vormittag den Arbeitsplatz zu verlassen, wenn absehbar gewesen sei, dass seine Arbeitskraft nicht mehr benötigt würde, zeigen die vorgelegten Rechnungen, in denen die Arbeitszeit jeweils aufgeführt ist, dass der Beigeladene zu 1) nur an wenigen Tagen seine Tätigkeiten für die Klägerin einmal vor 13 Uhr am Mittag - dies bei einem regelhaften Tätigkeitsbeginn um 5.30 Uhr in der Frühe - beendet hat. Dies fällt angesichts der gesamten Dauer des streitigen Zeitraums bei einer regelmäßigen durchschnittlichen Wochenarbeitszeit von mehr als 40 Stunden mit Ausnahme der Monate, in denen es zu längeren offensichtlich urlaubsbedingten Abwesenheitszeiten kam (August 2005 und Juli 2006), nicht merklich ins Gewicht. Die auf diese Weise zum Ausdruck kommende (geringe) Flexibilisierung der Arbeitszeit stellt kein wesentliches Merkmal für eine selbstständige Tätigkeit dar. Flexible Arbeitszeiten sind häufig auch in abhängigen Beschäftigungen anzutreffen, da Arbeitgeber zunehmend durch flexible Arbeitszeitsysteme wie Gleitzeitsysteme etc. den persönlichen Bedürfnissen ihrer Arbeitnehmer entgegenkommen, aber auch durch solche Systeme zum Teil schwankenden Arbeitsanfall abfedern und teure Arbeitskraft effektiver einsetzen können.

Darüber hinaus zeigen die aus der Rechnungslegung bekannten Tätigkeitszeiten von durchschnittlich regelmäßig mehr als 40 Stunden pro Woche und die regelmäßige tägliche Arbeitszeit ab 5.30 Uhr, dass der Beigeladene zu 1) in ein festes Zeitschema eingebunden war und so für ihn faktisch keine realistische Möglichkeit bestand, im größeren Umfang anderweitig unternehmerisch tätig zu sein (vgl. BSG, Urteil vom 22.6.2005, [B 12 KR 28/03 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 5).

Ferner belegt die Darstellung des Beigeladenen zu 1) hinsichtlich des täglichen Ablaufs der Tätigkeit, dass diese immer im Team mit den anderen mehr als 10 Mitarbeitern des Betriebsrestaurants in der Kreisverwaltung in Siegen erfolgt ist. Auch insofern lag eine erhebliche Verzahnung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) mit den Betriebsabläufen in den jeweiligen Betriebsstätten der Klägerin vor, sodass auch insoweit von einer organisatorischen Eingliederung des Beigeladenen zu 1) ausgegangen werden muss. Für eine Eingliederung spricht weiter, dass der Beigeladene zu 1) einfach Teilbereiche seiner zuvor ausgeübten Tätigkeit als Betriebsleiter mit der Tätigkeit als (einfacher) Koch fortgeführt hat.

Schließlich ist im Sinne einer abhängigen Beschäftigung zu berücksichtigen, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeiten für die Klägerin höchst persönlich zu erbringen hatte (§ 3 Abs. 1 des Vertrages über die freie Mitarbeit vom 31.10.2005). Eine solche Vertragsgestaltung - die von den Beteiligten hier auch gelebt wurde - spricht jedenfalls dann deutlich für eine Eingliederung und abhängige Beschäftigung, wenn

es sich bei den angebotenen Diensten, wie hier, nicht um solche höherer Art handelt. Soweit die Klägerin demgegenüber schriftsätzlich eine gegenteilige Vereinbarung behauptet hat, haben sich für die tatsächliche Umsetzung angesichts der ausdrücklichen schriftlichen Fixierung und des Umstandes, dass der Beigeladene die Arbeiten immer persönlich ausgeführt hat, keine hinreichenden Belege ergeben.

Darüber hinaus war die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) nicht durch ein typisches Unternehmerrisiko gekennzeichnet. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 28.5.2008, [a.a.O.](#)) ist maßgebliches Kriterium hierfür, dass eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sachlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Eine solche Ungewissheit hat es hier jedoch nicht gegeben. Sachliche Mittel hat der Beigeladene zu 1) für seine Tätigkeit bei der Klägerin nicht einsetzen müssen. Vielmehr musste die Tätigkeit nach dem übereinstimmenden Vortrag der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) aus hygienischen bzw. hygienerechtlichen Gründen in den Räumlichkeiten der Klägerin mit deren Arbeitsmitteln ohne die Möglichkeit des Einsatzes eigenen Equipments ausgeführt werden.

Ein Verlustrisiko hinsichtlich des Einsatzes seiner Arbeitskraft hat der Beigeladene zu 1) auch nicht getragen. Denn er ist nicht nach Erfolg, sondern nach Zeitaufwand entlohnt worden.

Ein typisches Unternehmerrisiko resultiert des Weiteren nicht aus der in § 7 Abs. 2 des Vertrages über die freie Mitarbeit vereinbarten Vertragsstrafe. Denn Vertragsstrafen können auch für Verstöße aus abhängigen Beschäftigungen vereinbart werden (vgl. BSG, Urteil vom 1.3.2009, [a.a.O.](#)). Auch die Verpflichtung eines Konkurrenz- bzw. Wettbewerbsverbotes des Beigeladenen zu 1) aus § 6 des Vertrages ist nicht etwa typisch für unternehmerisches Handeln, sondern im Gegenteil gerade kennzeichnend für abhängige Beschäftigungen (vgl. BSG, Urteil vom 10.8.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), SozR. 3-2400 § 7 Nr. 15).

Ebenso rechtfertigt das Fehlen von (schriftlichen) Regelungen zu Ansprüchen auf Urlaubsentgelt bzw. Entgeltvorauszahlung im Krankheitsfall für sich genommen nicht die Annahme eines unternehmerischen Risikos. Die Überbürdung sozialer Risiken abweichend von der das Arbeitsrecht prägenden Risikoverteilung ist nur dann ein gewichtiges Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächliche Chancen einer vermehrten Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (BSG Urteil vom 11.3.2009 [a.a.O.](#)). Hierfür ist im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich und weder von der Klägerin noch dem Beigeladenen zu 1) vorgetragen.

Angesichts der vorstehenden Überlegungen tritt bei der anzustellenden wertenden Gesamtbetrachtung, ob vorliegend der Beigeladene zu 1) hinsichtlich seiner Tätigkeit als Koch für die Klägerin abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, in den Hintergrund, dass der Beigeladene zu 1) neben der Tätigkeit als Koch für die Klägerin selbständig in gewissen Umfang einen "Buffet-Service" betreibt bzw. betrieben hat. Denn diese Tätigkeit ist klar abgegrenzt von der Tätigkeit als Koch, die er für die Klägerin ausgeführt hat. Die Tätigkeiten erfolgen neben einander ohne für den Senat zu erkennende Berührungspunkte. Sie sind organisatorisch und von den Arbeitsabläufen klar von einander getrennt. Die Tätigkeit als Koch für die Klägerin führt der Beigeladene zu 1) im Wesentlichen wie jeder angestellte Koch der Klägerin in deren Betriebsräumlichkeiten in Zusammenarbeit mit deren fest angestellten Mitarbeitern und in Eingliederung in die betriebliche Organisation der Klägerin in zeitlicher und örtlicher Hinsicht und nach Art der Tätigkeit weisungsgebunden aus. Die selbstständige Tätigkeit im Bereich "Buffet-Service" unterscheidet sich hiervon erheblich. Für das Zubereiten, Anrichten und ggf. Ausliefern von Buffets hat der Beigeladene zu 1) nicht auf die Betriebsstrukturen der Klägerin zurückgegriffen. Er verrichtet diese Tätigkeiten von Zuhause aus mit eigenen Arbeitsmitteln und tritt diesbezüglich am Markt im begrenztem Umfang auf, wie er es auch schon vor dem 1.6.2005 getan hat, als er noch (unstreitig) bei der Klägerin zunächst ebenfalls als Koch und dann als Betriebsleiter des Betriebsrestaurants bei der Kreisverwaltung T sozialversicherungspflichtig beschäftigt war. Insofern hat die Arbeit im "Buffet-Service" keinen anderen Charakter als eine (im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses genehmigte) selbstständige Nebentätigkeit.

Die Kostenentscheidung für das Berufungsverfahren erfolgt vorliegend nach [§ 193 Abs. 1 SGG](#), da auch der Beigeladene zu 1) Berufungsführer ist. Er gehört als (möglicher) Versicherter zu den in [§ 183 Satz 1](#) i.V.m. Satz 3 SGG genannten Personen. Eine Kostenpflichtigkeit des Berufungsverfahrens ist demnach nach [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) nicht gegeben.

Gründe, die Revision zuzulassen, liegen bei dieser einzelfallbezogenen Entscheidung, die sich an der von dem BSG zu Betriebsprüfungen und Statusfeststellungsverfahren entwickelten Rechtsprechung orientiert, nicht vor.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2011-07-07