

## S 210 KR 536/09

Land  
Berlin-Brandenburg  
Sozialgericht  
SG Berlin (BRB)  
Sachgebiet  
Krankenversicherung  
Abteilung  
210  
1. Instanz  
SG Berlin (BRB)  
Aktenzeichen  
S 210 KR 536/09  
Datum  
14.06.2012  
2. Instanz  
LSG Berlin-Brandenburg  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Der Bescheid der Beklagten vom 04.03.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.09.2008 in der Fassung des Bescheides vom 08.10.2009 wird aufgehoben. Es wird festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit als Realisator beim Rundfunk seit dem 01.03.2007 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt. Die Beklagte trägt die notwendigen außergerichtlichen Kosten des Klägers. Im Übrigen sind keine Kosten zu erstatten.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten über den sozialversicherungsrechtlichen Status des Klägers in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen 1) in der Zeit vom 01.03.2007 an.

Der Kläger ist seit dem 01.03.2007 für den Beigeladenen zu 1) als freier Mitarbeiter als Realisator tätig.

Der Beigeladene zu 1) produziert als Rundfunkanstalt Fernsehsendungen, der Kläger fertigt dafür Trailer. Als Honorarkraft bei dem Beigeladenen zu 1) übt der Kläger seine Tätigkeit auf der Grundlage einer Rahmenvereinbarung als freier Mitarbeiter beginnend am 01.03.2007 zunächst vertraglich vereinbart bis zum 28.02.2009 aus. Neben dem Kläger gibt es noch ca. 14 weitere Realisatoren, davon sind 13 selbständig und einer abhängig und damit versicherungspflichtig beschäftigt.

Der Kläger war daneben auch für die GmbH M tätig.

Am 07.01.2008 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status.

Mit Bescheid vom 04.03.2008 stellte die Beklagte – nach Anhörung des Klägers und des Beigeladenen zu 1) – gegenüber beiden fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Realisator bei dem Beigeladenen zu 1) seit dem 01.03.2007 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die Versicherungspflicht dem Grunde nach beginne mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung. Der Kläger unterliege hinsichtlich Arbeitsort und Arbeitszeit den Weisungen des Beigeladenen zu 1) als Auftraggeber. Es werde von ihm eine ständige Dienstbereitschaft erwartet. Die für die Tätigkeit erforderliche Ausrüstung wäre vom Beigeladenen zu 1) gestellt, in der Tätigkeit des Klägers überwiege der technische Anteil. Seine Vergütung werde als erfolgsunabhängige Pauschalvergütung i.H.v. 281,00 EUR pro Tag gewährt, ein Gewinn- oder Verlustrisiko sei nicht zu erkennen.

Der Kläger erhob gegen den Bescheid Widerspruch (17.3.2008).

Der Kläger hat am 12.08.2008 Klage erhoben, zunächst wegen und unter Berufung auf Untätigkeit der Beklagten im Widerspruchsverfahren, nach Erlass des Widerspruchsbescheids gegen den erlassenen Widerspruchsbescheid hat er sich gegen diesen gewendet. Er sei seit dem 01.08.2006 auch für GmbH M /U als freiberuflicher Cutter tätig. Daneben sei der Kläger seit dem 01.03.2007 für den Beigeladenen zu 1) als Realisator mit dem arbeitsrechtlichen Status eines freien Mitarbeiters tätig. Der Kläger beziehe aus jeder der beiden Tätigkeiten regelmäßig mehr als 1/6 seiner gesamten Einkünfte. Er ziehe keine Hilfskräfte für seine geschuldete Tätigkeit bei dem Beigeladenen heran, die Tätigkeit vereinige die Tätigkeiten des Cutters und des Regisseurs in einer Person. Der seitens des R für die Realisatoren Verantwortliche verteile die Arbeit unter die Realisatoren nach telefonischer Absprache mit diesen sogar 4 Wochen im Voraus für den kommenden Monat. Zur vereinbarten Zeit begeben sich der Realisator zum Beigeladenen zu 1), dort erhalte er den Auftrag, einen ca. 30 sek. langen Trailer für eine Sendung des R, z.B. für einen Film, eine Reportage, eine Dokumentation zu produzieren. Er habe die Möglichkeit, den angebotenen Auftrag an- oder abzulehnen. Wenn sich der Realisator auf den angebotenen Termin einlasse, stimme er praktisch zu, an diesem vereinbarten Tag

einen Spot für eine Sendung zu erstellen, deren Inhalt der Beigeladene zu 1) dem Realisator in der überwiegenden Zahl der Fälle erst vor Ort definitiv mitteile. Im Zeitpunkt der Terminvergabe stehe in der Regel noch nicht fest, für welche Sendungen und zu welchem Zeitpunkt die einzelnen Trailer gebraucht werden. Bereitschaftsdienst komme nur in Ausnahmefällen, wie z.B. an Weihnachten und sei dann zwischen den Kläger und dem Beigeladenen zu 1) einvernehmlich ausgehandelt. Der Kläger stelle vor Ort an den Geräten des Beigeladenen das vom Beigeladenen zu 1) gelieferte Material zu einem 30 Sekunden-Film zusammen, er sei dabei in der Gestaltung der Bildfolge völlig frei. Des Weiteren unterlege er den Streifen mit Musik und Text. In der Mehrzahl der Fälle bekomme der Kläger von der Beigeladenen zu 1) zwar den Film geliefert, aus dem er den jeweiligen Trailer zu erstellen habe, gleichwohl müsse er aber das Konzept für den Trailer entwickeln und den Ton selbst beschaffen. In der Gestaltung von Bild und Ton sei er völlig frei, erhalte zwar funktionale, aber keine gestalterische Weisungen oder Regieanweisungen. Es könne auch vorkommen, dass er die eine oder andere Szene für den Trailer im Studio oder im Freien drehe. Gearbeitet werde in der Regel an den 2 Avid-Schnittplätzen der Abteilung Präsentation beim Beigeladenen zu 1). Es werde wochentäglich in 2 Schichten gearbeitet. Zwar würden die Arbeitsplätze samt technischer Ausstattung vollständig vom Beigeladenen zu 1) zur Verfügung gestellt, der Kläger verfüge aber auch bei sich zuhause in seinem eigenen Studio über die erforderliche Ausrüstung, um dort die Aufträge erledigen zu können. Das betreffe z.B. die benutzte Software, welche die gleiche sei, die auch vom Beigeladenen zu 1) verwandt werde. Der Kläger habe die freie Wahl, ob er im Studio des R arbeite oder die Arbeit mit nachhause nehme und an seinem Computer den Trailer zusammenstelle, was aber nur im Ausnahmefall geschehe. Der Kläger notiere auf einem Formular, an welchen Tagen er von wann bis wann an welchem Projekt gearbeitet habe und reiche dies bei dem Beigeladenen zu 1) ein. Die Bezahlung erfolge nicht in Abhängigkeit von der tatsächlich für das Projekt verbrauchten Zeit, sondern schon bei Vergabe des Projekts sei ausgehandelt, welche Zeit dem Kläger dafür zur Verfügung stehe. Rechnungseinheit für die Vergütung des Klägers bilde ein Tagessatz, es werde nur in ganzen und halben Tagen abgerechnet. Auch wenn der Kläger mehr oder weniger Zeit für das Projekt benötige, ändere sich die Vergütung nicht. Der vom Kläger auszufüllende Stundenzettel erreiche nicht die Vergütungsabteilung des Beigeladenen zu 1), sondern verbleibe beim Regisseur. Außer dem Rahmenvertrag gebe es keine schriftlichen Vereinbarungen zu den Vergütungssätzen oder zu der zur Verfügung gestellten Zeit. Die Tätigkeit des Klägers sei nur zu einem geringen Teil mechanischer oder handwerklicher Natur. Seine gesamte Leistung sei eigenschöpferischer Natur; die vom Kläger produzierten Trailer letztlich nichts anderes als Werbespots, Werbespots für die von der Beigeladenen bzw. seinen anderen Auftraggeber, der A , ausgestrahlten Fernsehsendungen. Der Rahmenvertrag sei zwischenzeitlich durch die Rahmenverträge vom 06.01.2009 und vom 24.01.2011 sowie vom 11.01.2012 ersetzt worden. In diesen Vereinbarungen sei ausdrücklich betont, dass es sich um eine freie Mitarbeit handele. Dem Kläger stehe bei dem Beigeladenen zu 1) kein ständiger, fester oder eigener Arbeitsplatz zur Verfügung. Er arbeite inzwischen für 3 verschiedene Bereiche des Beigeladenen zu 1). Für den einen Teil fertige er einen großen Teil der Aufträge in seinem eigenen Studio bei sich zuhause. Der überwiegende Teil der Produktionen, für die der Kläger tätig werde, sei dadurch geprägt, dass der Kläger Filmmaterial von seinem Auftraggeber zur Verfügung gestellt bekomme, 5-25% dieser Trailer würden aber auch Sendungen betreffen, für die es kein Filmmaterial gebe, weil in diesen Sendungen keine Filme gezeigt werden würden. In diesem Fall müsse sich der Kläger bei den Proben für diese Sendungen selber Bildmaterial und Tonmaterial besorgen. In der Folge habe der Beigeladene zu 1) zu Unrecht Beiträge für den Kläger entrichtet, diese seien an den Kläger zu erstatten, da sie von seinem Honorar einbehalten worden seien.

Der Kläger beantragt, der Bescheid der Beklagten vom 04.03.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 19.09.2008 in der Fassung des Bescheides vom 08.10.2009 wird aufgehoben. Es wird festgestellt, dass er in seiner Tätigkeit als Realisator beim Rundfunk seit dem 01.03.2007 nicht der Versicherungspflicht zur Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt

Die Beklagte beantragt, die Klage abzuweisen Während der Dauer der jeweils kurzzeitigen Beauftragung des Klägers sei eine funktionsgerechte Einbindung in die Arbeitsabläufe des Auftraggebers gegeben, die Tätigkeit eines Realisators sei nicht überwiegend durch den journalistisch schöpferischen Eigenanteil geprägt und habe keinen programmgestaltenden Charakter. Die Tätigkeitsinhalte des Klägers entsprächen im Wesentlichen denen des Film- und mit Videoeditoren bzw. Cutters, die nach den inhaltlichen Vorgaben der Regie und Redaktion das zur Verfügung gestellt Bild- und Tonmaterial für journalistische Beiträge, Fernsehsendungen, Werbefilm oder Fernseh- und bearbeiteten. Es fehlten entsprechende weit reichende Freiräume, die einen programmgestaltenden Charakter zulassen würden. Der Kläger dürfe eigenverantwortlich über die optische Umsetzung entscheiden, jedoch verleihe er der jeweiligen Sendung dadurch allenfalls eine persönliche Note. Der Beigeladene zu 1) habe den Kläger zur Sozialversicherung angemeldet. Während der vereinbarten Arbeitszeiten sei der Kläger an zeitliche und örtliche Vorgaben gebunden. Der Inhalt der Tätigkeit werde dem Kläger regelmäßig erst vor Ort bekannt gegeben, so dass sich seine Bereitschaft, tätig zu werden, zunächst auf die jeweilige Schicht bezieht, nicht aber auf ein konkretes Werk. Er habe daher wie jeder abhängig Beschäftigte seine Arbeitskraft zur vorgegebenen Zeit am vorgegebenen Ort zur Verfügung zu stellen. Die Vergütung der Leistung sei garantiert und richte sich nach der aufgewendeten Arbeitszeit.

Der Beigeladene zu 1) erklärt, Er schließt sich dem Antrag des Klägers an. Im Fall des Klägers überwiege der eigenschöpferische Teil seiner Tätigkeit.

Die übrigen Beigeladenen zu 2) bis 4) stellen keine Anträge.

Der Widerspruchsbescheid vom 19.09.2008 wies den Widerspruch des Klägers zurück.

Der Bescheid der Beklagten vom 08.10.2009 hat ergänzend zu den angefochtenen Bescheiden festgestellt, dass der Kläger ab dem 01.03.2007 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.

Mit Beschluss vom 03.03.2010 hat das Gericht den Beigeladenen zu 1) - 4) zum Verfahren beigeladen.

Die Kammer hat im Termin zur mündlichen Verhandlung den Kläger zu seiner Tätigkeit bei dem Beigeladenen zu 1) befragt. Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die ausgetauschten Schriftsätze nebst Anlagen sowie die Verwaltungsakte der Beklagten verwiesen die Gegenstand der mündlichen Verhandlung und Entscheidung gewesen sind.

Entscheidungsgründe:

Die als Anfechtungs- und Leistungsklage sowie als damit kombinierte Feststellungsklage zulässige Klage ist begründet. Der Bescheid der Beklagten vom 06.03.2008 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 08.10.2009 sowie des Bescheides vom 08.10.2010 ist rechtswidrig und beschwert den Kläger. Er hat Anspruch auf die Feststellung, dass die Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1) ab 01.03.2007 als Realisator nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Rentenversicherung sowie dem Recht der Arbeitsförderung unterfällt.

A. Gegenstand des Rechtsstreits und der angefochtenen Bescheide ist die Tätigkeit des Klägers beim dem Beigeladenen zu 1) bis zum Tag der mündlichen Verhandlung. Der Kläger und der Beigeladene zu 1) haben mitgeteilt und belegt, dass der Kläger die Tätigkeit als Realisator auf der Basis der vorliegenden schriftlichen Verträge bis zum heutigen Tag ausübt. Die Feststellung der Beklagten wiederum ist zukunfts offen erfolgt. Sie erfasst daher die bis heute unveränderte Tätigkeit des Klägers beim dem Beigeladenen zu 1). Streitgegenständlich ist der Änderungsbescheid vom 08.10.2009, denn dieser ist nach [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Verfahrens geworden (vergleiche BSG, Urteil vom 28.09.2011, B 12 R 17/09R, Rn. 13, zitiert nach juris)

B. Die Anfechtungsklage ist begründet, weil die Beklagte nicht in rechtmäßiger Weise von der Rechtsgrundlage Gebrauch gemacht hat

I. Rechtsgrundlage für den angefochtenen Bescheid und der im Anfrageverfahren ergangenen Feststellung ist [§ 7a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV). [§ 7a SGB IV](#) lautet:

(1) Die Beteiligten können schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Einzugsstelle hat einen Antrag nach Satz 1 zu stellen, wenn sich aus der Meldung des Arbeitgebers (§ 28a) ergibt, dass der Beschäftigte Ehegatte, Lebenspartner oder Abkömmling des Arbeitgebers oder geschäftsführender Gesellschafter einer Gesellschaft mit beschränkter Haftung ist. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Absatz 2 die Deutsche Rentenversicherung Bund. (2) Die Deutsche Rentenversicherung Bund entscheidet auf Grund einer Gesamtwürdigung aller Umstände des Einzelfalles, ob eine Beschäftigung vorliegt. (3) Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten schriftlich mit, welche Angaben und Unterlagen sie für ihre Entscheidung benötigt. Sie setzt den Beteiligten eine angemessene Frist, innerhalb der diese die Angaben zu machen und die Unterlagen vorzulegen haben. (4) Die Deutsche Rentenversicherung Bund teilt den Beteiligten mit, welche Entscheidung sie zu treffen beabsichtigt, bezeichnet die Tatsachen, auf die sie ihre Entscheidung stützen will, und gibt den Beteiligten Gelegenheit, sich zu der beabsichtigten Entscheidung zu äußern. (5) Die Deutsche Rentenversicherung Bund fordert die Beteiligten auf, innerhalb einer angemessenen Frist die Tatsachen anzugeben, die eine Widerlegung begründen, wenn diese die Vermutung widerlegen wollen. (6) Wird der Antrag nach Absatz 1 innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und stellt die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis fest, tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Beschäftigte 1. zustimmt und 2. er für den Zeitraum zwischen Aufnahme der Beschäftigung und der Entscheidung eine Absicherung gegen das finanzielle Risiko von Krankheit und zur Altersvorsorge vorgenommen hat, die der Art nach den Leistungen der gesetzlichen Krankenversicherung und der gesetzlichen Rentenversicherung entspricht.

Die Beklagte hat darauf beruhend die Versicherungspflicht der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei dem Kläger festgestellt.

II. Der Bescheid der Beklagten erweist sich – auch nach Erlass des Abänderungsbescheides vom 14.12.2010 – als rechtswidrig, weil die Beklagte zwar in formell, aber nicht materiell rechtmäßiger Weise von der Rechtsgrundlage Gebrauch gemacht hat. Die von der Beklagten zuletzt mit dem ergänzenden Bescheid vom 14.12.2010 getroffene Feststellung über die Versicherungspflicht erweist sich als unzutreffend.

In den einzelnen Zweigen der Sozialversicherung sind Personen versicherungspflichtig, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind ([§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch, SGB V, [§ 20 Abs. 1 Satz 1 und Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch SGB XI, [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch, SGB VI sowie [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch, SGB III - jeweils in der für den streitgegenständlichen Zeitraum maßgeblichen Fassung). Nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch, SGB IV, ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (zur Verfassungsmäßigkeit der Vorschrift vgl. BVerfG, Beschluss der 2. Kammer des Ersten Senats 2. Kammer vom 20. Mai 1996, [1 BvR 21/96](#)). Seit dem 1. Januar 1999 sind im Gesetz als Anhaltspunkte für eine solche Beschäftigung aufgeführt, eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers ([§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) in der Fassung des Gesetzes vom 20. Dezember 1999, [BGBl I 2000, 2](#)). Daneben hat die Rechtsprechung Grundsätze entwickelt, die eine Tätigkeit als selbständig oder abhängig voneinander abgrenzen und im Rahmen einer Gesamtwürdigung miteinander abzuwägen sind. Eine persönliche Abhängigkeit äußert sich danach regelmäßig in einer Eingliederung Beschäftigte in einem fremden Betrieb. Der Betreffende unterliegt einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009, [B 12 KR 21/07 R](#), Rz. 15 - zitiert nach juris). Das LSG Bayern führt dazu aus: "Dabei hängt der Grad der persönlichen Abhängigkeit ganz entscheidend von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit ab. Abstrakte, für alle Arbeitsverhältnisse geltende Merkmale lassen sich nicht aufstellen (vgl. BAG, Urteil vom 20. Januar 2010, [5 AZR 99/09](#), Rz. 13 zu insoweit identischen Abgrenzungskriterien eines Arbeitsverhältnisses). 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 (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009, [B 12 KR 21/07 R](#), Rz. 15 - zitiert nach juris). Maßgeblich ist zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt (vgl. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R](#), Rz. 17 - zitiert nach juris).", LSG Bayern, Urteil vom 17.1.2012, [L 5 R 589/10](#), Rn. 16).

Die selbstständige Tätigkeit ist demgegenüber durch eigenes Unternehmerrisiko, die Verfügungsfreiheit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet.

Ausgehend davon enthält die Tätigkeit des Klägers bei dem Beigeladenen zu 1) sowohl Merkmale selbständiger als auch Merkmale einer abhängigen Beschäftigung. In der gebotenen Gesamtbetrachtung überwiegen aus Sicht der Kammer die Merkmale für die selbstständige Tätigkeit. Dafür sprechen Art und Ausführung der Tätigkeit des Klägers. Eine notwendige Einbindung in die Organisationsstruktur des

Beigeladenen zu 1) als Rundfunkveranstalter ist dagegen unschädlich. Fehlt es an einer abhängigen Beschäftigung, steht keine Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung.

Ausgangspunkt der Prüfung ist nach der Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteil vom 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) = [SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr. 17; Urteil vom 28.05.2008, a.a.O.) zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt und sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung geht aber der formellen Vereinbarung regelmäßig vor. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 24.01.2007, [a.a.O.](#), RdNr. 17, m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung danach so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist.

Zu einer Tätigkeit im Bereich Rundfunk- und Fernsehen hat die 36. Kammer in ihrem Urteil vom 17.03.2011 zutreffend ausgeführt ([S 36 KR 142/10](#)):

"Von diesen Grundsätzen ist auch bei Beurteilung einer Tätigkeit im Bereich Funk und Fernsehen auszugehen. In Anlehnung an eine Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes, in der ein verfassungsrechtlich durch [Artikel 5 Abs. 1 S. 2](#) Grundgesetz geschütztes Recht der Rundfunkanstalten anerkannt worden ist, frei von fremder Einflussnahme über Auswahl, Einstellung und Beschäftigung solcher Rundfunkmitarbeiter zu bestimmen, die programmgestaltend tätig sind (vergleiche Bundesverfassungsgericht, Beschluss vom 13.01.1982, [1 BvR 848/77](#) - [NJW 1982, 1447](#) ff.), stellt die höchstrichterliche Rechtsprechung in besonderer Weise auf die Art der ausgeübten Tätigkeit ab und unterscheidet zwischen programmgestaltender Tätigkeit einerseits und rundfunk- bzw. fernsehtypischer Mitarbeit an Sendungen andererseits (vergleiche BSG, Urteil vom 03.12.1998 - [B 7 AL 108/97 R](#); BAG, Urteil vom 11.03.1998 - [5 AZR 522/96](#) = [NZA 1998, 705](#) ff.; BAG, Urteil vom 22.04.1998 - [5 AZR 342/97](#) = [NZA 1998, 1336](#) ff.). Insoweit ist jedoch anerkannt, dass den Gerichten durch die Entscheidung des Bundesverfassungsgerichtes kein modifizierter Prüfungsmaßstab für die Frage, ob ein Mitarbeiter als Arbeitnehmer oder freier Mitarbeiter zu beurteilen sei, auferlegt worden ist (vergleiche BAG, Urteil vom 30.11.1994 - [5 AZR 704/93](#) = [NZA 1995, 622](#) ff. m.w.N.). Vielmehr wird dabei an den Grundsatz angeknüpft, dass der Grad der persönlichen Abhängigkeit auch von der Eigenart der jeweiligen Tätigkeit abhängt. Danach gibt es eine Reihe von Tätigkeiten, die sowohl im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses als auch im Rahmen eines freien Mitarbeiterverhältnisses erbracht werden können, während es umgekehrt Tätigkeiten gibt, die nach ihrer Art oder Organisation nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses ausgeübt werden können (vergleiche BAG, Urteil vom 30.11.1994, [a.a.O.](#)). Bezogen auf den Rundfunk- und Fernsehbereich geht die höchstrichterliche Rechtsprechung davon aus, dass programmgestaltende Mitarbeit abhängig von den Einzelfallumständen sowohl im Rahmen von Arbeitsverhältnissen als auch im Rahmen von freien Mitarbeiterverhältnissen erbracht werden können, während sich rundfunk- und fernsehtypische Mitarbeit an Sendungen in der Regel nur im Rahmen von Arbeitsverhältnissen durchführen lässt (vergleiche BAG, Urteil vom 11.03.1998 m.w.N.). Dagegen wird der Gesichtspunkt, dass Mitarbeiter im Bereich Funk und Fernsehen ihre Dienste häufig nur mit Hilfe des technischen Apparates der Rundfunkanstalt und eines Arbeiterteams leisten können, nicht mehr als entscheidendes Kriterium für die persönliche Abhängigkeit des Mitarbeiters und die Fremdnützigkeit seiner Arbeitsleistung angesehen (vergleiche vom BAG, Urteil vom 30.11.1994, [a.a.O.](#), unter ausdrücklicher Aufgabe der früheren Rechtsprechung; BSG, Urteil vom 28.01.1999 - [B 3 KR 2/98 R](#) - [SozR 3 - 5425 § 1 Nr. 5](#)). Programmgestaltende Mitarbeiter sind nach der Rechtsprechung des Bundesverfassungsgerichtes namentlich Regisseure, Moderatoren, Kommentatoren, Wissenschaftler und Künstler, deren Tätigkeit dadurch gekennzeichnet ist, dass sie typischer Weise ihre eigene Auffassung zu politischen, wirtschaftlichen, künstlerischen und anderen Sachfragen, ihre Fachkenntnisse und Informationen, ihre individuelle künstlerische Befähigung und Aussagekraft in die Sendungen einbringen. Bei diesen Rundfunkmitarbeitern steht der Einfluss auf den gedanklichen Inhalt der einzelnen Sendungen im Vordergrund im Sinne einer journalistisch-schöpferischen und künstlerischen Tätigkeit. Nicht zu den Programm gestaltenden Mitarbeitern gehören das betriebstechnische und das Verwaltungspersonal sowie diejenigen, die zwar bei der Verwirklichung des Programms mitwirken, aber keinen inhaltlichen Einfluss darauf haben (BVerfG, Beschluss vom 13.01.1982 - [1 BvR 848/77](#) u. a., a.a.O.; BAG, Urteil vom 19.01.2000 - [5 AZR 644/98](#) = [BAGE 93, 218](#), 224). Zu den nicht Programm gestaltenden Tätigkeiten können auch, je nach den konkreten Umständen des Einzelfalls, reine Sprecherleistungen zählen (vgl. BVerfG, Beschluss vom 03.12.1992 - [1 BvR 1462/88](#) = [NZA 1993, 741](#)). "

Bei Anwendung der vorgenannten Grundsätze handelte es sich bei der streitgegenständlichen Tätigkeit des Klägers für den Beigeladene zu 1) nicht um eine abhängige Beschäftigung.

Ausgangspunkt ist für die Kammer zunächst die vertragliche Grundlage, auf der der Kläger für die Beigeladene zu 1) tätig wird. Die insgesamt 4 vorliegenden schriftlichen Verträge (12.1.2007, 6.1.2009, 24.1.2011, 11.1.2012) lassen dabei keinen Zweifel daran, dass die Vertragspartner keinen Arbeitsvertrag für den Kläger schließen wollten. Sie sind als "Rahmenvereinbarung über die freie Mitarbeit" des Klägers überschrieben. Der Kläger soll als Realisator auf der Basis freier Mitarbeit tätig sein (Ziff. 1 und 2 der Rahmenvereinbarungen). Er soll nicht verpflichtet sein, die Vertragsangebote des Beigeladenen zu 1) anzunehmen. Über die angenommenen Termine/Aufträge hinaus soll er nicht verpflichtet sein, dem Beigeladenen zur Verfügung zu stehen. Eine Vergütung für Krankheits- oder Urlaubszeiten ist darin nicht vereinbart.

Dem damit dokumentierten übereinstimmenden Willen der Vertragspartner kommt dann indizielle Bedeutung zu, wenn dem festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnis nicht offensichtlich widerspricht bzw. er durch weitere Aspekte gestützt wird (dazu z.B. Gerichtsbescheid 36. Kammer des Sozialgerichts Berlin vom 13.04.2012, [S 36 KR 377/09](#) unter Berufung auf die Rechtsprechung des BSG). Davon geht die Kammer im Fall des Klägers aus. Die im Termin zur mündlichen Verhandlung vom Kläger zu einen Aufträgen und den Verhältnissen der Tätigkeit getätigten Angaben und Auskünfte gegenüber der Kammer geben keine Veranlassung, ein (gelebtes) Rechtsverhältnis anzunehmen, dass sich praktisch von den schriftlich geschlossenen Vereinbarungen derart unterscheidet oder ausgestaltet sind, dass dies für eine abhängige Beschäftigung sprechen könnte.

Der Kläger ist nicht in den Arbeits- und Organisationsablauf des Beigeladenen wie ein abhängig Beschäftigter eingegliedert. Das gilt speziell unter Berücksichtigung der Besonderheiten des Rundfunk- und Fernsehbereichs.

Der Kläger ist entsprechend der oben dargelegten Rechtsprechung des BVerfG und des BAG als programmgestaltender Mitarbeiter anzusehen. Er hat - bezogen auf das von ihm zu erstellende Werk - erheblichen Einfluss auf die Gestaltung, der über einen bloßen Einfluss hinausgeht, der dem zu erstellenden Werk nur eine persönliche Note verleiht. Das folgt schon daraus, dass er in seiner Tätigkeit als

Realisator, - wie er der der Kammer anschaulich beschrieben hat - sich vom reinen Cutter dadurch unterscheidet, dass er zwar in vielen Fällen Szenen und (Bild- und Ton-)Material aus einem schon bestehenden, von Dritten hergestellten Fernsehbeitrag (einem Film, einer Dokumentation) nutzt, um einen Trailer herzustellen. Er ist dabei aber nicht beauftragt, lediglich bestehendes Material im Sinne von Szenen und Ausschnitten aneinander zu reihen und insoweit auch aus einem größeren Material lediglich auszuwählen. Er hat vielmehr für die Kammer deutlich gemacht, dass er nach Zweck und Bestimmung ein eigenes (nur äußerlich kleines) Werk zu erstellen hat, das in der Regel einer eigenen Dramaturgie zu folgen hat. Eine solche wird von ihm als Realisator erwartet. Dies ergibt sich aus dem Zweck des zu erstellenden Trailers, der einen Beitrag bewerben soll und Zuschauer auf ihn aufmerksam machen soll, aber auch informieren soll. Zu diesem Werbezweck soll er dramaturgisch inhaltlich und strukturell über den Inhalt des zu bewerbenden Beitrags hinausgehen, hat also eine eigene Aufgabe. Diese Eigenständigkeit bestimmt auch seine Gestalt und die Tätigkeit des Klägers. Der Kläger hat insoweit Gestaltungsspielraum und schöpferischen Freiraum, wie er einen bestehenden Film/Beitrag oder eine Veranstaltung (er benannte z.B. ein zukünftiges Freiluft-Opernprojekt am W "C ") anpreist, angefangen bei der Frage, welches Publikum angesprochen werden soll. Selbst wenn letzteres vorgegeben sein sollte, erhält der Kläger für keine inhaltlichen oder gestalterischen Anweisungen von der Beigeladenen zu 1), bis auf gegebenenfalls einen vorgegebenen oberen Zeitrahmen für den Trailer (z.B. 30 Sekunden), der sich aber aus der Natur der Sache ergibt. Insoweit ist seine Darstellung gegenüber der Kammer, dass er im Kleinen als Regisseur tätig wird, für die Kammer nachvollziehbar. Das lässt sich auch darin erkennen, dass er frei ist, nicht die bestehende (Film- oder Erkennungs-)Musik des Films oder des Beitrags zu benutzen, sondern, was er nach eigenen Angaben immer tut, eigene Musik auszuwählen und auch einen eigenen Text zu dem Trailer zu entwerfen. Beides dient dem eigenständigen Zweck des Trailers. Dazu ist er nach seiner glaubhaften und detailreichen Beschreibung auch berechtigt, im Rahmen des Trailers den zu bewerbenden Film zu verfremden, Fotos und Standbilder zu benutzen und diese zu bearbeiten. Die Tatsache, dass der Kläger - wenn auch nach eigenen Angaben wegen ökonomischer Zwänge eher theoretisch - sogar berechtigt ist, für einen Trailer Film Szenen gänzlich neu zu drehen, spricht ebenfalls dafür, dass er einen gestalterischen Freiraum hat, der als programmgestaltend im Sinne der Rechtsprechung bewertet werden muss. Es muss daher nicht darauf abgehoben werden, dass der Kläger nach seinen detaillierten Angaben eher zu einem kleinen Teil auch Trailer herstellt, die nicht Rundfunksendungen betreffen, sondern z.B. die besagte Freiluftveranstaltung. In diesem Fall ist seine Kreativität noch mehr gefragt, weil es dann naturgemäß nur wenig Bild- und Ton-"Material" gibt, das bereits besteht und verwendet werden kann (evtl. noch Aufnahmen von laufenden Proben, etc.). Die so umschriebene Tätigkeit geht über eine rein technische hinaus. Das wird auch daran erkennbar, dass der Kläger mitgeteilt hat, die Erstellung eines Trailers dauere ungefähr 5-8 h. Der Zeitaufwand spricht dafür, dass es über das rein technische Schneiden von Material nach Anweisungen Dritter hinausgeht. Dass das Werk des Klägers hinterher von einer Redakteurin auch abgenommen wird, spricht zum einen als "Abnahme" des Werks nicht gegen den Charakter als eigenschöpferische Gestaltung, zum anderen ergibt sich dieses Erfordernis, worauf der Beigeladene in der Sitzung hingewiesen hat, aus der Sicherstellung der rundfunkrechtlichen Programmverantwortung des Beigeladenen zu 1) als Rundfunkanstalt.

Die übrigen Umstände der Beauftragung und Ableistung sprechen nicht für eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Beklagten, die typisch für eine abhängige Beschäftigung ist. Der Kläger ist nach dem schriftlichen Rahmenvertrag und seiner Erläuterung in der mündlichen Verhandlung frei, einen Auftrag, respektive einen Einsatz an angebotenen Tagen abzulehnen, ist nicht zu einem bestimmten Tätigkeitsumfang gegenüber dem Beigeladenen verpflichtet. Er hat an vereinbarten Tagen zwar in den Räumen zu erscheinen, das ist aber auch für eine Dienstleistung höherer Art nicht ungewöhnlich. Er hat im Übrigen ausgeführt, dass er zwar erst vor Ort den konkret zu erstellenden Trailer benannt bekommt, dann aber nur diesen zu erstellen hat. Daraus folgt, dass er über die Fertigstellung hinaus keine Anwesenheitspflicht hat. Spezielle "Bereitschaftsdienste" (Weihnachten oder mögliche Sondersendungen) sind dagegen frei mit dem Beigeladenen zu 1) vereinbart.

Die räumlich-organisatorische Eingliederung der ausgeübten Tätigkeit ist schließlich nicht entscheidend: die Kammer die Besonderheit berücksichtigt, dass die Erstellung von Beiträgen aus und für Rundfunk- und Fernsehbeiträgen regelmäßig im Organisationsbereich der Rundfunkanstalt stattfindet und bei programmgestaltender Tätigkeit gerade nicht ausschlaggebend ist. Die Tatsache, dass der Kläger also überwiegend in den Räumen und mit der technischen Ausstattung des Beigeladenen tätig wird, spricht somit nicht für eine abhängige Beschäftigung.

Angesichts der rein zeitabhängigen Vergütung unabhängig von (Teil-)Abnahmen des Werkes - der Arbeitszeitnachweis erreicht entgegen der schriftsätzlichen Angabe des Klägers nicht nur den Regisseur, sondern die Abrechnungsabteilung des Beigeladenen zu 1) - erscheint zwar fraglich, ob es sich tatsächlich um einen Werkvertrag i.S.d. [§§ 631ff. BGB](#) oder aber eher um einen (freien) Dienstvertrag i.S.d. [§ 611 BGB](#) handelt (vgl. dazu auch Peters/Jacoby, in Staudinger, BGB, 2008, § 631 Rdnrn. 14f.), spricht aber nicht gegen eine selbständige Tätigkeit. Kläger und Beigeladener zu 1) haben dazu erklärt, es wird nach ganzen und halben Tagen abgerechnet. Das ist aber z.B. auch bei Beauftragung eines selbständigen Handwerkers nicht unüblich und spricht nicht prinzipiell gegen eine selbständige Tätigkeit. Nach dem geschlossenen und gelebten Vertrag hat der Kläger auch ein unternehmerisches Risiko zu tragen. Der schriftliche Rahmenvertrag enthält keine Regelungen zur Vergütung; auch eine Urlaubsvergütung ist z.B. nicht vereinbart. Es ist daher auf die eingereichten Abrechnungen und die Angaben der Beteiligten dazu abzuheben. Der Brauch, dass der Kläger, wenn er einen ganzen Tag "gebucht" ist, auch den ganzen Tag vergütet erhält, unabhängig davon, ob er den ganzen Tag an dem Trailer arbeitet, könnte zwar für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen, es ist aber zu berücksichtigen, dass der Kläger angegeben hat, er erhalte dann keine Mehrvergütung, wenn er länger als die vereinbarte Zeit für die Erstellung des Trailers benötige. Dies entspricht eher dem Bild eines Werk- oder freien Dienstvertrages i.S.d. [§ 611 BGB](#) oder [§ 631 BGB](#), bei dem der Vergütungsanspruch erst dann entsteht, wenn das Werk hergestellt ist bzw. die Dienste tatsächlich geleistet wurden (vgl. BSG, Urteil vom 28.01.1998, a.a.O., bei juris Rdnr. 22). Für einen freien Dienstvertrag spricht die Tatsache, dass die Vergütung nur dann gezahlt wird, wenn der Kläger tatsächlich vor Ort ist, er erhält dagegen keine Vergütung, wenn er nicht erscheint.

Aus der Tatsache, dass zwischen den Beteiligten erkennbar ein kontinuierlich praktiziertes Verhältnis besteht, kann nicht geschlossen werden, dass deswegen eine Rahmenvereinbarung zu Stande gekommen ist und gelebt wird, die über den einzelnen Fall hinaus für eine abhängige Beschäftigung des Klägers bei dem Beigeladenen zu 1) spricht (zu diesem Kriterium vergleiche BSG, Urteile vom 25.04.2012, [B 12 KR 14/10 R](#) und [B 12 JR 24/10 R](#), Terminbericht, 21/12 zu 4 und 5). Weder ist erkennbar, dass Beigeladenen zu 1) den Kläger zu bestimmten Tätigkeiten wegen langjähriger Tätigkeit verpflichten konnte noch gibt es Indizien dafür, dass seine Beauftragung kraft Übung eine Regelmäßigkeit erreicht hat, indem beide Seiten davon ausgehen, dass der Kläger quasi auf Zuruf des Beigeladenen zu 1) tätig wird. Der Kläger hat dazu ausgeführt, er rechnet nach wie vor nicht damit, regelmäßig ein bestimmtes Mindestmaß an Aufträgen von dem Beigeladenen zu 1) zu bekommen. Das wird nachvollziehbar durch die Tatsache, dass er seinen Lebensunterhalt auch aus anderen Tätigkeiten bestreitet, insbesondere 3 weitere Auftraggeber benannt hat. Das bedingt, dass er einen bestimmten zeitlichen Freiraum zur

Verfügung hat und damit auch Aufträge ohne weiterreichende Folgen dem Beigeladenen gegenüber ablehnen kann. Etwas anderes kann nicht allein aus der Tatsache geschlossen werden dass der Kläger nach eigenen Angaben für jeden Monat einen Vergütungsnachweis von dem Beigeladenen zu 1) erhält, also auch in Monaten, in denen er tatsächlich nicht im Auftrag des Beigeladenen tätig war und keine Umsätze hatte. Das ist zwar für abhängig Beschäftigte typisch, die einen monatlichen Gehaltsnachweise erhalten, lässt sich in gewisser Weise mit der bestehenden Regelmäßigkeit der Beauftragung des Klägers erklären, die er nicht bestritten hat und im Übrigen mit der Struktur der Abrechnung bei dem Beigeladenen zu 1). Er hat im Termin zur mündlichen Verhandlung darauf hingewiesen, dass die Abrechnung in einer Stelle im ganzen Haus gemacht wird und dadurch etwas schematisch unabhängig vom jeweiligen Rechtsverhältnis erfolgt. Er hat damit auch damit erklärt, dass es überhaupt einen Arbeitszeitnachweis auch für Honorarkräfte gibt, die darin ihre Stunden eintragen sollen. Für die Honorarkräfte hat danach die Stundeneintragung eher den Charakter einer Abrechnung für die gebuchten Einsätze, weniger den Charakter eines tatsächlichen Arbeitszeitnachweises; es ist nach Aussage des Klägers dabei unschädlich, wenn die darin angegebenen Stunden nicht genau in dem tageszeitmäßig genau angegebenen Zeitraum abgeleistet wurden.

Auch aus der Teilnahme des Klägers an Redaktionssitzungen kann ein übergeordnetes Beschäftigungsverhältnis nicht geschlossen werden, zum einen sind diese unregelmäßig, zum anderen muss der Kläger nicht teilnehmen und wird dafür auch nicht extra vergütet.

Die Bescheide beschweren den Kläger, denn sie sind rechtswidrig und weisen für ihn Versicherungspflicht aus. Er hat Anspruch auf Feststellung, dass keine solche Versicherungspflicht besteht.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und berücksichtigt das Obsiegen des Klägers. Für den Beigeladenen zu 1) waren keine außergerichtlichen Kosten zu erstatten, er hatte mit seiner Meldung zur Sozialversicherung mit dazu beigetragen, dass die Beklagte von einer Versicherungspflicht ausging.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2012-07-16