

L 1 KR 238/11

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

1

1. Instanz

-

Aktenzeichen

S 28 KR 1131/08

Datum

27.07.2011

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 1 KR 238/11

Datum

31.05.2012

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Beschluss

Die Berufung wird zurückgewiesen. Außergerichtliche Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Der Kläger begehrt von der Beklagten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens festzustellen, dass seine Tätigkeit bei der Beigeladenen 1) (nachfolgend nur noch: "die Beigeladene") eine selbständige ist.

Im April 2006 reichten der Kläger sowie die Beigeladene ein ausgefülltes Antragsformular auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status bei der Beklagten ein. Dabei bezeichnete der Kläger seine Tätigkeit als "Koch" bzw. genauer mit "Vorbereitung und (manchmal) Ausgabe oder auch nur Ausgabe von Speisen". Auftraggeber seien neben der Beigeladenen zwei weitere Gastronomieunternehmen sowie Privatpersonen. Die Frage "Werden Ihnen Weisungen hinsichtlich der Ausführung (Art und Weise) Ihrer Tätigkeit erteilt?" wurde weder positiv noch negativ beantwortet. Der Kläger schrieb, er erfülle (fast) immer die Wünsche seiner Kunden. Mit Schreiben vom 17. April 2007 führte er ferner aus, die Verträge über freie Mitarbeit würden mündlich mit der Beigeladenen vereinbart. Er erhalte Einzelaufträge für die Vorbereitung, Organisation und Betreuung von Buffets für Veranstaltungen. Die Zeiten des Einsatzes würden jeweils im Einzelfall und nach konkretem Bedarf ausschließlich von ihm festgelegt. Er habe keine Verpflichtung, bestimmte Aufträge anzunehmen. Eine Vergütung erfolge, wenn er die gegengezeichneten Leistungsnachweise schriftlich per Rechnung einreiche. Er nehme Aufträge zur selbständigen Vorbereitung, Organisation und Betreuung von Buffets bzw. Menüs für Veranstaltungen an. Er bereite die Speisen selbständig zu und weise das ihm zur Verfügung gestellte Personal an. Die notwendigen Mengen würden von ihm selbständig und eigenverantwortlich kalkuliert. Soweit er ein Buffet organisiere, stelle er das benötigte Equipment selbständig zusammen, transportiere es vor Ort und baue vor Ort auf. Er betreue das Buffet, indem er Speisen erwärme, das Buffet bestücke und das ihm zugeteilte Personal anweise. Nach der Veranstaltung übernehme er den Rückbau bzw. Abbau des Buffets sowie den Rücktransport des Equipments. Er setze eigenes Kapital ein durch die Anschaffung von Berufskleidung, die Anschaffung sowie das Schleifen von Messern, Anschaffen von Kochbüchern, den Abschluss einer Betriebshaftpflichtversicherung, Steuerberaterkosten und eigene Werbung. Er sei daneben Angestellter und noch gehe zwei gewerblichen Tätigkeiten nach und beschäftige einen Arbeitnehmer. Dem Antrag waren unter anderem Rechnungen des Klägers an die Beigeladene beigelegt, in welchen der Kläger nach Stunden abrechnete.

Mit Bescheid vom 22. August 2007 stellte die Beklagte fest, dass der Kläger die für die Beigeladene ausgeführte Tätigkeit als Koch seit dem 1. Dezember 2005 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe. Es überwiegen die für das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses sprechenden Umstände. Der Einsatzort sowie die Einsatzzeiten seien ihm durch feste Arbeitszeiten und den festen Einsatzort durch die Beigeladene vorgegeben. Die Art der auszuführenden Arbeiten lasse nur einen geringen Spielraum zu. Auch trage der Kläger kein typisches Unternehmerrisiko. Der Kläger setze lediglich seine eigene Arbeitskraft ein, die Vergütung erfolge nach festen Stundenpauschalen. Die Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung entstehe mit der Aufnahme der Beschäftigung. Die Voraussetzungen für abweichende Regelungen nach § 7a und 7b Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) in der bis 31. Dezember 2007 geltenden Fassung seien nicht einschlägig. Der Kläger erhob hiergegen Widerspruch. Er betreibe ein weiteres Gewerbe als e-Händler und sei als Koch für weitere Auftraggeber tätig. Er könne jederzeit frei darüber entscheiden, ob er einen Auftrag der Beigeladenen annehme. Dass bei einem Auftrag Ort und Zeit der Ausführung festgelegt seien, liege in der Natur der Tätigkeit.

Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 15. April 2008 zurück. Ein Koch werde regelmäßig in gastronomischen Betrieben beschäftigt und schulde ausschließlich seine Arbeitskraft. Er trete den Gästen nicht als selbständiger Unternehmer gegenüber, sondern als Mitarbeiter des Hauses. Dies gelte auch für den Fall, dass er für eine Agentur kurzzeitig während der Dauer von Veranstaltungen

tätig werde. Der Kläger sei in die von der Beigeladenen geschaffene Hierarchie eingebunden. Er sei funktionsgerecht dienend in einen fremden Betrieb eingegliedert. Seine Aufgabe erfülle er zusammen mit weiteren Köchen und Küchenhilfen und sei sogar weiteren Mitarbeitern gegenüber weisungsberechtigt.

Der Kläger hat hiergegen am 13. Mai 2008 Klage vor dem Sozialgericht Berlin (SG) erhoben. Zu deren Begründung hat er ergänzend ausgeführt, in der Zubereitung der Speisen für die Beigeladene frei gewesen zu sein. Er habe beispielsweise bestimmt, was als "Antipasti" geliefert werde. Zum Teil sei die Auftragsvergabe so offen gewesen, dass es lediglich geheißen habe, "Hauptsache es schmeckt". Er habe die Zutaten auch selbst einkaufen und die Kosten hierfür vorstrecken müssen. Angestellte Köche hätten solche Freiheiten nicht. Er habe eine größere Anzahl anderer Auftraggeber gehabt und selbst seit 1. April 2007 einen Mitarbeiter beschäftigt.

Die Beklagte hat mit Bescheid vom 10. Februar 2010 den Bescheid vom 22. August 2008 abgeändert und festgestellt, dass der Kläger in der vom 11. Januar 2006 bis 30. April 2007 ausgeübten Beschäftigung als Koch bei der Beigeladenen in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig gewesen sei.

Der Kläger hat in der mündlichen Verhandlung am 27. Juli 2011 vor dem SG ausgeführt, dass er für die Beigeladene im Wesentlichen die Speisen zubereitet habe. Er sei "zur Arbeit gegangen" im Restaurant im H Bahnhof. Er habe die Speisen in der dortigen Küche zubereitet mit den Lebensmitteln, die von der Beigeladenen zur Verfügung gestellt worden seien.

Das SG hat die Klage mit Urteil vom selben Tag abgewiesen. Gegenstand des Klageverfahrens sei der Bescheid der Beklagten in der Fassung, die er durch den Bescheid vom 10. Februar 2010 erhalten habe. Dieser sei nach [§ 96 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) Gegenstand des Verfahrens geworden. Die Kammer sei zu der Überzeugung gelangt, dass der Kläger im streitgegenständlichen Zeitraum in einem Beschäftigungsverhältnis im Sinne des [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) bei der Beigeladenen gestanden habe. Er sei nämlich nach seinem eigenen Vorbringen nach tatsächlichen Umständen und damit der gelebten Vertragsbeziehung in dem Betrieb der Beigeladenen eingegliedert gewesen. Er sei dort "zur Arbeit gegangen" und habe dort gekocht. Er selbst habe keine eigenen Räumlichkeiten zur Verfügung gehabt, sondern die Betriebsstätte der Beigeladenen benutzt. Abgesehen von seiner Berufskleidung, seinem Messerset und seinen Kleingeräten habe er auch die vorhandenen Betriebsmittel (Töpfe, Herd, Rechauds usw.) genutzt. Eigene Messer und Berufskleidung benutzten typischerweise auch angestellte Köche. Die zu verarbeitenden Lebensmittel habe die Beigeladene zur Verfügung gestellt. Der Kläger habe damit keine nennenswerten eigenen Betriebsmittel eingesetzt. Er habe auch kein Unternehmerrisiko getragen. Seine nach Stunden bemessene Vergütung sei ihm garantiert gewesen. Im Gegensatz dazu entspräche es dem Typus eines freiberuflich tätigen Koches, dass dieser verpflichtet sei, für einen bestimmten Endpreis eine Speise für eine bestimmte Anzahl an Personen herzustellen und im Rahmen der eigenverantwortlichen Kalkulation auch das Risiko eines entgehenden Gewinnes zu tragen. Sein Freiraum bei der Zubereitung der Speisen spreche als solches nicht für eine selbständige Ausübung, da bei höher qualifizierten Tätigkeiten anerkannt sei, dass an die Stelle des Weisungsrechts eine funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess trete. Die Umstände, die eine selbständige Tätigkeit nahe legten, insbesondere die Freiheit, Aufträge abzulehnen und das wirtschaftliche Risiko der Nichtbeauftragung zu tragen, hätten die Tätigkeit nicht entscheidend geprägt.

Gegen dieses Urteil richtet sich die Berufung des Klägers. Zu deren Begründung hat er ergänzend darauf hingewiesen, dass es keinen schriftlichen Vertrag gegeben habe. Er sei auf Aufträge der Beigeladenen nicht angewiesen gewesen, da er weitere Auftraggeber gehabt habe. Im Unterschied zu einem abhängigen Arbeitsverhältnis auf Abruf sei keine bestimmte wöchentliche oder tägliche Arbeitszeit vereinbart worden bzw. gelte auch nicht nach [§ 12 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge](#) als vereinbart.

Der Kläger beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 27. Juli 2011 sowie den Bescheid der Beklagten vom 22. August 2007 in der Fassung des Widerspruchsbescheides vom 15. April 2008 und in Gestalt des Änderungsbescheides vom 10. Februar 2010 aufzuheben sowie festzustellen, dass der Kläger aufgrund seiner Tätigkeiten für die Beigeladene zu 1) als Koch im Zeitraum 11. Januar 2006 bis 30. April 2007 nicht der Sozialversicherungspflicht zur gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung, zur gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie verteidigt das angegriffene Urteil.

Die Beigeladene hat darauf hingewiesen, dass der Kläger nicht für das Restaurant selbst gekocht habe. Er sei für Aufträge hinzugezogen worden. Solche Aufträge seien geplant worden und es habe eine Besprechung gegeben, wo unter anderem über den Zeitaufwand gesprochen worden sei.

Entscheidungsgründe:

Der Senat konnte im Beschlusswege gemäß [§ 153 Abs. 4 SGG](#) entscheiden. Die Beteiligten sind auf die Absicht, so vorzugehen, im Erörterungstermin am 26. März 2012 hingewiesen worden.

Die Berufung hat keinen Erfolg. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Senat verweist zur Vermeidung bloßer Wiederholungen auf die sorgfältig begründeten Ausführungen im angegriffenen Urteil ([§ 153 Abs. 2 SGG](#)).

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 6. Buch](#); [§ 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch 3. Buch](#)). Unter anderem Angestellte sind nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 5. Buch](#) in der gesetzlichen Krankenversicherung versicherungspflichtig. Dieser folgt die Pflichtversicherung in der sozialen Pflegeversicherung ([§ 20 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch 11. Buch](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen

Beschäftigung ist [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist.

Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und 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.

Weist eine Tätigkeit Merkmale auf, die sowohl auf Abhängigkeit als auch auf Selbständigkeit hinweisen, so ist entscheidend, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil vom 23. Juni 1994 - [12 RK 72/92- NJW 1994, 2974](#), 2975) und der Arbeitsleistung das Gepräge geben (BSG Beschluss vom 23. Februar 1995 - [12 BK 98/94-](#) juris; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung Bundesverfassungsgericht, Kammerbeschluss vom 20. Mai 1996 - [1 BvR 21/96 - SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)).

Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine versicherungspflichtige Beschäftigung vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist.

Ausgangspunkt der Prüfung ist nach ständiger Rechtsprechung des BSG (vgl. Urteil vom 24. Januar 2007, [B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#) RdNr 17; Urteil vom 25. Januar 2006, [B 12 KR 30/04 R](#), Die Beiträge, Beil 2006, 149; jeweils m. w. N.) 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 (so insgesamt weitgehend wörtlich BSG, Urteil vom 24. Januar 2007, [a. a. O.](#), RdNr 22, m. w. N.). Maßgeblich ist also die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 - [B 12 KR 13/07 R - "Freelancer"](#) Rdnr. 17; ständige Rechtsprechung des Senats, vgl. zuletzt Urteil vom 30. März 2012 - [L 1 KR 118/09- Juris](#) Rdnr. 24ff).

Das SG hat hier richtig entschieden, dass die jeweiligen mündlichen Vereinbarungen einer freien Mitarbeit auf selbständiger Basis nur formal in dieser Form vereinbart wurden. Nach den tatsächlichen Verhältnissen war der Kläger nicht Subunternehmer der Beigeladenen, sondern abhängig Beschäftigter aufgrund einzelner zweckbestimmter Arbeitsverträge. Seine Tätigkeit erfolgte nicht weisungsfrei im rechtlichen relevanten Sinne. Wie das SG weiter richtig ausgeführt hat, war er nämlich weitgehend in den (Catering-)Betrieb der Beigeladenen eingebunden.

Auch bei Arbeitsverhältnissen ist es nicht unüblich, dass der Arbeitnehmer für den Arbeitgeber Betriebsmittel kauft und die Kosten hierfür zunächst vorstreckt. Ein weiteres Argument für abhängige Beschäftigung ist, dass der Kläger seine Dienstleistungen immer persönlich bzw. in persönlicher Anwesenheit erbracht hat und er nicht - wie ihm dies als Werkunternehmer möglich gewesen wäre - andere Köche an seiner Stelle einsetzen konnte.

Der Umstand, dass der Kläger auch für andere Catering-Unternehmen tätig war, hat keinen entscheidenden Einfluss auf die hier einzig im Streit stehende Beschäftigung bei der Beigeladenen.

Die Voraussetzungen für eine Eintritt der Versicherungspflicht erst ab Bekanntgabe des Bescheides nach [§ 7b SGB IV](#) in der bis Ende 2007 geltenden Fassung vom 20. Dezember 1999 sind - wie die Beklagte im Ausgangsbescheid richtig ausgeführt hat - bereits ungeachtet der Frage grober Fahrlässigkeit nicht gegeben, weil weder der Kläger einem späteren Beginn zugestimmt hat, noch der Nachweis einer anderweitigen Absicherung vorgelegen hat ([§ 7b Nr. 1](#) und 2 SGB IV vorgenannter Fassung).

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#) und entspricht dem Ergebnis in der Sache.

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

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2012-08-30