

HVBG-INFO 31/2001

vom 16.11.2001

DOK 511.1

Nebentätigkeit als abhängige Beschäftigung (§ 7 Abs. 1 SGB IV);
hier: Urteil des Landessozialgerichts (LSG) Nordrhein-Westfalen
vom 29.5.2001 - L 5 KR 8/00 - (Abweisung der Nichtzulassungsbeschwerde
durch BSG-Beschluss vom 7.11.2001 - B 12 KR 29/01 B -)

Das LSG Nordrhein-Westfalen hat mit Urteil vom 29.5.2001

- L 5 KR 8/00 - (s. Anlage) Folgendes entschieden:

Orientierungssatz

Bei zwei oder mehreren Tätigkeiten, denen jemand nachgeht, sind hinsichtlich der Frage, ob es sich um eine versicherungspflichtige Beschäftigung handelt, die Tätigkeiten getrennt zu beurteilen, wenn sie verschiedenartig sind (hier Gewerbebetrieb als Masseur und Bademeister und Nebenbeschäftigung als Elektriker).

Anlage

Urteil des LSG Nordrhein-Westfalen vom 29.5.2001 - L 5 KR 8/00 -

Tatbestand

Streitig ist, ob der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 15.07.1996 bis 31.07.1997 Arbeitnehmer der Klägerin gewesen ist und die Beklagte einen Beitragsbescheid erlassen durfte, mit dem sie von der Klägerin als Arbeitgeberin Sozialversicherungsbeiträge in Höhe von 15.031,92 DM gefordert hat. Die Klägerin betreibt in der Rechtsform einer GmbH einen Liefer- und Installationsbetrieb für Heizungs-, Sanitär- und Elektroanlagen. Sie beschäftigt 75 Arbeitnehmer, von denen nach ihren Angaben etwa 5 Elektriker sind. Der Beigeladene zu 1), der bei der Klägerin den Beruf des Elektrikers erlernt hat, betrieb nach einer Umschulung zum Masseur und Bademeister ab dem 01.10.1981 als Selbständiger eine Sauna- und Massagepraxis als angemeldetes Gewerbe.

Im Juli 1997 teilte die Beigeladene zu 3) der Beklagten mit, dass bei einer Außenprüfung der Beigeladene zu 1) auf einer Baustelle der Klägerin angetroffen worden sei, seit Jahren für diese arbeite und nach Stunden bezahlt werde. Die Beklagte prüfte deshalb die Versicherungspflicht.

Die Klägerin legte Rechnungen und Auftragsschreiben für vier Bauvorhaben vor, mit denen sie den Beigeladenen zu 1) am 15.07.1996 für ein Bauvorhaben "3.-Welt-Shop" mit der Herstellung von Installationsarbeiten sowie die Installation von Schaltanlagen beauftragte. Ferner ist in dem Auftragsschreiben ausgeführt: "Die Ausführung der Arbeiten erfolgt selbständig durch Sie. Die Materialien werden von unserer Firma bereitgestellt. Die Abrechnung erfolgt nach den von Ihnen aufgeführten Stunden zum Preis von 36,- DM plus 15 % Mehrwertsteuer. Die vorläufige Auftragssumme beträgt ca. 10.000,- DM". Ein ähnliches Auftragsschreiben mit einer vorläufigen Auftragssumme von 20.000,- DM erteilte sie unter dem 04.11.1996 für das Bauvorhaben "Altenwohnheim H." und unter dem 15.01.1997 ohne Auftragssumme für die Ausführung von Elektroarbeiten in zwei Kindergärten. Der Beigeladene zu 1) rechnete vom 30.07.1996 bis 31.07.1997 neben rund 1380 Arbeitsstunden Kilometergeld und eine Pauschale von 500,-DM für den Einsatz von Werkzeugen und Leitern ab. Der Beigeladene zu 1) teilte der Beklagten mit, er verrichte bei der Klägerin nur gelegentlich Aushilfsarbeiten bei freier Zeit- und Arbeitseinteilung.

Nach Anhörung der Klägerin stellte die Beklagte mit Bescheid vom 30.10.1997 die Arbeitnehmereigenschaft des Beigeladenen zu 1) und seine Versicherungs- und Beitragspflicht zur Rentenversicherung der Arbeiter und zur Bundesanstalt für Arbeit ab dem 15.07.1996 mit einer Beitragssumme von 15.031,92 DM fest. Den Widerspruch der Klägerin wies sie mit Widerspruchsbescheid vom 27.11.1997 zurück.

Am 19.12.1997 hat die Klägerin Klage erhoben. Sie hat vorgetragen: Der Beigeladene zu 1) sei selbständig tätig gewesen. Er habe seinen Gewerbebetrieb als Masseur angemeldet und wegen wirtschaftlicher Rückgänge zusätzliche Einnahmen erzielen müssen. Deshalb habe er als Elektriker Werkverträge abgeschlossen. Dem jeweiligen Auftrag sei ein kalkuliertes Auftragsvolumen zugrunde gelegt worden. Der Beigeladene zu 1) habe neben beliebiger Einteilung der Arbeitszeit eigenes Werkzeug benutzt und keiner Weisung unterlegen. Von dem Bauleiter sei keine Zeit-, sondern nur eine Gewerkkontrolle erfolgt. Der Beigeladene zu 1) habe auch ein eigenes wirtschaftliches Risiko getragen, weil er die Gewerke mängelfrei in der kalkulierten Zeit habe erstellen und seinen Lohn mit eventuellen Krankheits- und Urlaubszeiten habe kalkulieren müssen. Nur aus Vereinfachungsgründen sei das Material von der Klägerin zur Verfügung gestellt worden. Die Haftung als selbständiger Subunternehmer sei im Innenverhältnis nicht ausgeschlossen gewesen. Gewährleistungsbürgschaften etc. seien wegen des besonderen Vertrauensverhältnisses aufgrund der Ausbildung des Beigeladenen zu 1) durch den Geschäftsführer der Klägerin nicht erforderlich gewesen.

Das Sozialgericht hat Beweis erhoben durch Vernehmung des Bauleiters der Klägerin, des Zeugen M. Dieser hat bekundet: Im 3.-Welt-Shop habe dem Beigeladenen zu 1) ein Elektriker der Klägerin als Hilfskraft für die Kabelverlegung zur Verfügung gestanden. Bei den Kindergärten sei nur gelegentlich ein zweiter Mann erforderlich gewesen. Als Bauleiter habe er dem Beigeladenen sagen müssen, bis wann die Aufgaben fertiggestellt sein mussten. Eine grobe Kontrolle der Stundenzahl habe er durchgeführt, weil er monatlich die Stundenzettel unterschrieben habe. Nachbesserungen habe der Beigeladene zu 1) selbst ausgeführt. Soweit er schon die Baustelle verlassen habe, seien die Mängel von der Firma beseitigt worden.

Das Sozialgericht hat die Klage durch Urteil vom 27.10.1999 abgewiesen. Es hat ausgeführt, der Gewerbebetrieb des Beigeladenen zu 1) als Masseur und Bademeister müsse außer Betracht bleiben. Für eine selbständige Tätigkeit spreche zwar, dass dieser größere Freiheiten gegenüber anderen Arbeitnehmern gehabt habe, ferner, dass keine Urlaubs-, Krankheits- und Überstundenregelungen getroffen worden seien. Die überwiegenden Umstände sprächen jedoch für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Der Beigeladene zu 1) sei ausschließlich für die Klägerin tätig gewesen. Seine größeren Freiheiten beruhten vor allem darauf, dass er Aushilfstätigkeiten verrichtet habe. Für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis spreche ferner die grobe Kontrolle der Anwesenheit und der geleisteten Stunden durch den Zeugen. Gegen eine Selbständigkeit spreche vor allem das völlige Fehlen des eigenen Unternehmerrisikos, weil er keinerlei eigene finanzielle Mittel eingesetzt habe und die Abrechnung nach Stundenbasis und nicht nach Gewerken erfolgt sei. Eine Wahrnehmung sonstiger Chancen auf dem Markt habe gefehlt. Auch habe der Beigeladene zu 1) keine eigenen Arbeitnehmer beschäftigt, keine eigene Werbung durchgeführt, keinen Spielraum bei der Preiskalkulation und keine versicherungsrechtliche Absicherung gegen Regress gehabt.

Im Berufungsverfahren wiederholt die Klägerin ihr bisheriges Vorbringen und trägt ergänzend vor: Das Sozialgericht habe das Beweisergebnis unzutreffend gewertet. Es habe nicht berücksichtigt, dass der Beigeladene zu 1) nur Nebeneinnahmen zu seinem Betrieb als Masseur sowie Einkünften aus Vermietung und Verpachtung erzielt habe. Außerdem sei er nur in den vier befristeten Bauvorhaben mit zugewiesenen Einzelaufgaben beschäftigt gewesen. Eine Weisungsgebundenheit habe nicht vorgelegen, weil der Zeuge nur überprüft habe, ob das geschuldete Einzelgewerk ordnungsgemäß erbracht worden sei. Es sei auf dem Bau auch üblich, dass kleinere Hilfeleistungen von anderen Arbeitnehmern erbracht würden. Es habe nicht erwartet werden können, dass der Beigeladene zu 1) für kleine Hilfestellungen eigene Hilfskräfte vorhalte oder wegen bloßen Nebenverdienstes für weitere Aufträge werbend aufgetreten sei. Ein wirtschaftliches Risiko habe wegen der Benutzung eigenen Werkzeuges und der Pflicht zur Erstellung eines mängelfreien Werkes nicht gefehlt.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 27.10.1999 zu ändern und den Bescheid vom 30.10.1997 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 27.11.1997 aufzuheben.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die sozialgerichtliche Entscheidung für zutreffend.

Die Beigeladenen haben keine eigenen Anträge gestellt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakten sowie der Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind.

Entscheidungsgründe

Die zulässige Berufung ist nicht begründet. Das Sozialgericht hat zutreffend die Klage abgewiesen. Zu Recht hat die Beklagte die in den angefochtenen Bescheiden festgestellte Versicherungs- und Beitragspflicht der Klägerin für den Beigeladenen zu 1) in der Renten- und Arbeitslosenversicherung festgestellt (§ 1 Satz 1 Nr. 1 des Sechsten Buches des Sozialgesetzbuches - SGB VI -, § 168 Abs. 1 des bis zum 31.12.1997 anzuwendenden Arbeitsförderungsgesetzes - AFG -), die entsprechenden Beiträge berechnet und insoweit die Klägerin gemäß § 174 SGB VI, §§ 1 Abs. 1 Satz 2, 28 d, 28 e Abs. 1 Satz 1 des Vierten Buches des Sozialgesetzbuches - SGB IV - als Arbeitgeberin in Anspruch genommen. Versicherungsfreiheit nach § 8 SGB IV bzw. Beitragsfreiheit nach § 102 AFG liegt nach den innerhalb eines Jahres geleisteten Arbeitsstunden von 1.382,8 und den erzielten Einnahmen nicht vor. Ob der Beigeladene zu 1) selbständig tätig war oder in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis stand, richtet sich nach § 7 Abs. 1 SGB IV und insbesondere nach den von der Rechtsprechung für die Abgrenzung von selbständiger Tätigkeit und abhängiger Beschäftigung herausgearbeiteten Grundsätzen. Danach ist für die Wertung einer Beschäftigung als abhängig ausschlaggebend, dass sie in persönlicher Abhängigkeit verrichtet wird. Diese äußert sich regelmäßig in der Eingliederung des Beschäftigten in einen fremden Betrieb. Typisches Merkmal eines Abhängigkeitsverhältnisses ist die Weisungsbefugnis des Arbeitgebers über Zeit, Dauer und Ort der Ausführung der Tätigkeit. Demgegenüber kennzeichnet die selbständige Tätigkeit das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsfreiheit über die eigene Arbeitskraft sowie die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit. Bedeutsam ist dabei, ob eigenes Kapital und/oder die eigene Arbeitskraft mit der Gefahr auch eines Verlustes eingesetzt werden, der Erfolg des Einsatzes und der sachlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Weist eine Tätigkeit im Einzelfall Merkmale der Abhängigkeit und der Selbständigkeit auf, kommt es bei der Beurteilung des Gesamtbildes darauf an, welche Merkmale überwiegen. Grundlagen der Beurteilung sind nicht die vertraglichen, sondern vor allem die tatsächlichen Verhältnisse (BSG SozR 2400 § 2 Nr. 16; 2200 § 165 Nr. 45; 2200 § 166 Nr. 5; § 1227 Nr. 8 und 19).

Unter Beachtung dieser Grundsätze hat das Sozialgericht den Sachverhalt rechtlich zutreffend gewürdigt. Auf die erstinstanzlichen Entscheidungsgründe nimmt der Senat deshalb gemäß § 153 Abs. 2 SGG Bezug.

Die Ausführungen der Klägerin im Berufungsverfahren überzeugen demgegenüber nicht. Die Klägerin kann sich nicht darauf stützen, dass der Beigeladene zu 1) einen Gewerbebetrieb als Masseur und Bademeister mit einer eigenen Betriebsnummer bei der Bundesanstalt für Arbeit und einer Identitätsnummer der IHK mit Beitragspflicht innehatte, die Unternehmerrisiken in diesem Hauptberuf angefallen seien und die Elektroarbeiten nur zu Nebeneinnahmen geführt hätten. Bei zwei oder mehreren Tätigkeiten, denen jemand nachgeht, sind hinsichtlich der Frage, ob es sich um eine versicherungspflichtige Beschäftigung handelt, die Tätigkeiten getrennt zu beurteilen, wenn sie verschiedenartig sind (Seewald in Kass.Komm., Band 1, Stand: Dez. 2000, § 7 SGB IV Rdnr. 83). Anderenfalls könnte durch die Führung eines Gewerbebetriebes in einem anderen Bereich jede beliebige (Neben-)Beschäftigung der Sozialversicherungspflicht entzogen werden. Dass es sich bei den Masseur- und den Elektrikertätigkeiten um verschiedenartige Tätigkeiten gehandelt hat, ist offensichtlich und bedarf keiner näheren Begründung.

Die vertraglichen Abreden sprechen nicht für eine selbständige Tätigkeit. Hierfür typische Vertragsabreden liegen gar nicht vor. Die Auftragschreiben und mündlichen Abreden der selbständigen Erledigung der Elektroarbeiten entsprechen keinem üblichen Werkvertrag. Denn insoweit fehlt es schon an einer detaillierten Leistungsbeschreibung oder eines sonst klar umrissenen Auftrages, welches Gewerk in welcher Zeit im Einzelnen zu welchem Preis zu erstellen ist. Selbst wenn der Werkvertragslohn nach Stunden bemessen ist, wird auch bei Bauleistungen die Anzahl der Arbeitsstunden in der Regel vorab kalkuliert. Hier wurde jedoch nur eine vorläufige Auftragssumme eingesetzt, die sogar für das erste Bauvorhaben "3.-Welt-Shop" mit mehr als 21.000,- DM um das

Doppelte überschritten wurde. Auch finden sich bei einzelnen Stundenaufstellungen - neben Elektro- und Schaltarbeiten-Installationsarbeiten für z.B. Lampen und Bäderdecken, so dass eher nach Stundenlohn, als nach Gewerken abgerechnet worden ist. Im Übrigen entsteht der Vergütungsanspruch nach § 631 BGB erst, wenn das Werk hergestellt ist. Hier wurden aber von dem Beigeladenen regelmäßig Zwischenabrechnungen über die geleisteten Arbeitsstunden eingereicht und auch bezahlt, ohne diese etwa als Abschlagszahlungen zu kennzeichnen oder Teilbeträge bis zur Schlussabnahme einzubehalten. In den Auftragschreiben finden sich auch keinerlei Fertigstellungstermine, Mängel-, Vertragsstrafen-, Zahlungs- oder sonstige Regelungen, die bei einer selbständigen Tätigkeit üblich sind. Gegen eine selbständige Tätigkeit spricht ferner der vereinbarte Stundensatz, der weit unter dem üblichen Preis einer Handwerkerstunde gelegen hat und der Höhe nach nicht auf die Erzielung eines "Unternehmergewinnes" gerichtet gewesen sein kann. Das von der Klägerin im Berufungsverfahren erneut behauptete Unternehmerrisiko, dass sich unter anderem aus der Kalkulation des Stundenlohnes unter Berücksichtigung von Krankheits- und Urlaubszeiten ergeben soll, bestätigt dieses Ergebnis nur, weil sich der tatsächliche Stundenlohn damit von dem üblichen Handwerkerlohn noch weiter unterscheidet.

Entgegen der Ansicht der Klägerin lag auch keine völlig fehlende Weisungsgebundenheit bezüglich Ort, Dauer und Zeit der auszuführenden Tätigkeiten vor. Der Beigeladene zu 1) war insoweit in die Betriebsorganisation der Klägerin eingebunden, als er je nach Baufortschritt seine Arbeitsleistungen zu erbringen hatte. Als Elektriker hatte er kein eigenes Gewerbe angemeldet, sondern stand im betriebsorganisatorischen Zusammenhang des Betriebes der Klägerin. Hätte die Klägerin mehr Elektriker beschäftigt, wären die Arbeiten ohne Zweifel durch eigene Mitarbeiter erledigt worden. Denn es handelte sich um typische Elektroarbeiten, die keine Spezialkenntnisse erforderten. Der Beigeladene zu 1) mag in tageszeitlicher Hinsicht nicht so eingebunden gewesen sein, wie die eigenen Beschäftigten der Klägerin. Zum einen hat er jedoch nach den Stundenabrechnungen von dieser Freiheit kaum Gebrauch gemacht. Zum anderen hat das SG zutreffend darauf hingewiesen, dass die größeren Freiheiten des Klägers nur darauf zurückzuführen sind, dass er qualitativ gute Arbeit leistete und es sich andererseits nur um Aushilfstätigkeiten handelte. Eine grobe Kontrolle der Anwesenheit und der geleisteten Stunden ist nach den Bekundungen des Zeugen M. im Übrigen von diesem vorgenommen worden.

Auch wenn nicht von einer Weisungsgebundenheit und Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in die Betriebsorganisation der Klägerin ausgegangen werden kann, die derjenigen der übrigen Arbeitnehmer der Klägerin exakt entspricht, so überwiegen die Merkmale einer abhängigen Beschäftigung dennoch deutlich. Denn sämtliche übrigen Umstände sprechen gegen eine Selbständigkeit. Der Beigeladene zu 1) verfügte weder über eine eigene Betriebsstätte noch über eigene Hilfskräfte, die ihn bei Verhinderung zur "Erfüllung des Werkvertrages" hätten vertreten können. Eine zeitweise notwendig werdende Hilfskraft wurde nach den Angaben des Zeugen sogar von der Klägerin gestellt. Auch trug der Beigeladene zu 1) sonst keinerlei Unternehmerrisiko. Unzutreffend ist der Vortrag der Klägerin, ein Unternehmerrisiko sei deshalb gegeben gewesen, weil sie Anspruch auf ein mängelfreies Werk einschließlich der Nachbesserung und der Beigeladene zu 1) keinen Anspruch auf Vergütung des Mehraufwandes gehabt habe. Denn der Kläger ist gerade nicht erfolgsbezogen, sondern stundenbezogen entlohnt worden. Auch für etwaige Nachbesserungsarbeiten oder Überschreitung der veranschlagten Stunden ist der Kläger offensichtlich bezahlt worden. So finden sich in den Stundenabrechnungen für Arbeiten in den Kindergärten auch noch Posten für das Bauvorhaben H. und die bereits genannte deutliche Überschreitung der Kalkulationssumme in einem Bauvorhaben. Ein Risiko im Sinne eines ungewissen Unternehmensgewinns hat der Beigeladene zu 1) auch sonst nicht getragen. Abgesehen von dem handwerkerüblich eingesetzten eigenen Werkzeug und PKW, hat der Beigeladene zu 1) keinerlei Kapital oder Arbeitsmaterial eingebracht. Für das Werkzeug und den Einsatz des PKW hat er außerdem eine Pauschalabgeltung bzw. Kilometerpauschale der Klägerin in Rechnung gestellt.

Ferner spricht gegen eine selbständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1), dass er nur für die Klägerin tätig war und keine Werbung für andere Aufträge unternahm. Die Ausrichtung auf einen "bloßen Nebenverdienst" und der übereinstimmende Wille der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) bezüglich dessen selbständiger Tätigkeit als "Subunternehmer" ist unerheblich, weil die Frage der Sozialversicherung nicht zur Disposition der Beteiligten steht.

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.
Anlass, die Revision zuzulassen, hat nicht bestanden.