

L 7 BA 11/19

Land
Freistaat Bayern
Sozialgericht
Bayerisches LSG
Sachgebiet
Betriebsprüfungen
1. Instanz
SG München (FSB)
Aktenzeichen
S 47 BA 293/18
Datum
04.12.2018
2. Instanz
Bayerisches LSG
Aktenzeichen
L 7 BA 11/19
Datum
28.06.2022
3. Instanz
-
Aktenzeichen
-
Datum
-
Kategorie
Urteil
Leitsätze

Die fehlerhafte Angabe des Datums der mündlichen Verhandlung im angefochtenen Urteil kann durch das Berufungsgericht grundsätzlich als offenbare Unrichtigkeit im Sinne des [§ 138 SGG](#) berichtigt werden.

I. Das Urteil des Sozialgerichts München vom 4. Dezember 2018 - [S 47 BA 293/18](#) - wird dahin berichtigt, dass das Datum der mündlichen Verhandlung auf den "13. November 2018" lautet.

II. Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts München vom 13. November 2018 abgeändert und die Klage gegen die Bescheide vom 15. Dezember 2017 idG der Widerspruchsbescheide vom 11. Juli 2018 abgewiesen.

III. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen. Außergerichtliche Kosten des Beigeladenen sind nicht zu erstatten.

IV. Die Revision wird nicht zugelassen.

V. Der Streitwert wird auf 5 000 Euro festgesetzt.

T a t b e s t a n d :

Streitig ist, ob die Tätigkeit des Beigeladenen als Monteur für die Klägerin und Berufungsbeklagte (in der Folge: Klägerin) in der Zeit vom 10.7. bis 14.9. sowie vom 5. bis 30.10.2017 versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung war.

Der 1978 geborene Beigeladene ist Akustikschreiner, Anreißer (Tischlerei), Antikschreiner, Auspolierer, Ausstellungstischler, Beizer, Beizmaschinenbediener, Betriebsschreiner, -tischler, Bildeinfasser, Bildeinrahmer. Er betreibt in Form einer Gesellschaft bürgerlichen Rechts eine Sporthalle in G sowie eine Montagefirma, für die er ganzjährig als Monteur in den Bereichen Solaranlagen, Zimmerausbau und Messeaufbau unterwegs ist. Eigene Arbeitnehmer beschäftigt der Beigeladene nicht.

Die Klägerin ist eine Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Unternehmensgegenstand "Schreinerei", im Rahmen dessen sie fünf gelernte Schreiner beschäftigt. Sie wurde von der Fa R beauftragt, folgendes Werk herzustellen: Montage und Demontage des W-Holzbaues K. Die Klägerin verpflichtete sich, zum Auf- und Abbau, Montage und Demontage von vorgefertigten Teilen für die Holzkonstruktion, die Inneneinrichtung, Montage und Demontage von Garten sowie teilweise zur Anfertigung von zu erneuernden Teilen, der Benennung eines qualifizierten Bauleiters, der als Verantwortlicher iS des Landesbaugesetzes und als einziger Ansprechpartner der Auftraggeberin im Rahmen der Abstimmung von Leistungen fungiert. Dieser sei berechtigt, für die Klägerin alle für die Bauabwicklung notwendigen Verhandlungen zu führen und Entscheidungen zu treffen. Das Werk "Montage" sei am 6. und 10.7.2017 zu beginnen und spätestens mit Ablauf des 14.9.2017 einschließlich der Abnahme fertigzustellen. Das Werk "Demontage" sei am 4.10.2017 zu beginnen und spätestens mit Ablauf des 31.10.2017 einschließlich der Abnahme fertigzustellen. Als Werklohn wurden 32,50/33,50/34,50 Euro pro Gesellenstunde vereinbart (Werkvertrag vom 30.5.2017). Die Klägerin fasste im vorliegenden Verfahren das von ihr zu erstellende Werk in dem Auf- und Abbau der Baukörper für zwei Zelte beim Oktoberfest 2017 durch die Montage und Demontage vorgefertigter Teile nach Plan zusammen. Nachdem die Klägerin diesen Auftrag mit ihrer Stammebelegschaft nicht "stemmen" konnte, beauftragte sie ua den Beigeladenen im Rahmen eines Subunternehmervertrages mit der "Montage und Demontage von vorgefertigten Teilen".

Ausweislich des - unter der aufschiebenden Bedingung der Selbstständigkeit des Subunternehmers in einem Statusfeststellungsverfahren bei der Beklagten stehenden - Subunternehmervertrags ist das Werk "Montage" projektbedingt am 10.7.2017 zu beginnen und spätestens mit Ablauf des 14.9.2017 einschließlich der Abnahme des Werkes fertigzustellen. Das Werk "Demontage" ist projektbedingt am 5.10.2017 zu beginnen und spätestens mit Ablauf des 30.10.2017 einschließlich der Abnahme des Werkes fertigzustellen. Als für die Art und den Umfang der auszuführenden Leistungen und Lieferungen sowie die Abwicklung maßgebende Vertragsgrundlage werden rechtlich der Werkvertrag zwischen der Klägerin und ihrer Auftraggeberin, der Subunternehmervertrag, das gesetzliche Werk- und Dienstvertragsrecht und die Werkzeichnungen sowie technisch das Leistungsverzeichnis, die Leistungsbeschreibung, Pläne, Muster und das Raumbuch, die Vorschriften der Berufsgenossenschaft und der zuständigen Behörden, der Bauzeitenplan sowie die einschlägigen neuesten - auch empfohlen - DIN-Vorschriften sowie die VDE- und VDI-Richtlinien benannt. Die Geschäfts- und Lieferbedingungen des Beigeladenen sollen keine Anwendung finden. Als Vergütung des Beigeladenen ist ein Regiestundensatz von 30 Euro netto vereinbart, wobei die Regiestunden von ihm täglich zu erfassen und der Klägerin spätestens am folgenden Arbeitstag zur Anerkennung vorzulegen sind. Die Klägerin und der Beigeladene legten gemeinsam den genauen Arbeitsablauf und die Erbringung der Einzelleistungen mit Angabe der Einzelristen in einem Terminplan fest. Der Terminplan und die darin genannten Einzelristen, einschließlich des Fertigstellungstermins wurden Vertragsbestandteile. Der Beigeladene hafter für alle Schäden und Nachteile, die der Beigeladenen durch die Nichteinhaltung der Termine entstehen. Die Klägerin behalte sich Terminplanänderungen vor. Der Beigeladene habe umgehend Ersatz zu leisten, soweit er die erforderlichen Arbeiten aufgrund Krankheit oder Ausfall nicht ausführen kann. Der Umfang der Gewährleistung richte sich nach den Bestimmungen des BGB. Die Klägerin könne den Vertrag bis zur Vollendung des Werkes jederzeit kündigen. Dem Beigeladenen war eine (teilweise) Weitergabe des Auftrags nicht gestattet. Die Klägerin wurde als alleiniger Ansprechpartner des Beigeladenen festgelegt. Ihm ist es unter Androhung einer Vertragsstrafe iHv 5 000 Euro verboten, sich unmittelbar an die Auftraggeberin der Klägerin zu wenden.

Unter dem 8.7.2017 beantragten die Klägerin und der Beigeladene bei der Beklagten und Berufungsklägerin (in der Folge: Beklagte), nach [§ 7a Abs 1 SGB IV](#) festzustellen, dass eine Beschäftigung des Beigeladenen durch die Klägerin nicht vorliegt. Der Beigeladene sei für mehrere Auftraggeber, überwiegend selbstständig tätig und im Kalenderjahr nicht mehr als 70 Arbeitstage bzw mehr als drei Monate abhängig beschäftigt, wobei das monatliche Arbeitseinkommen regelmäßig mehr als 450 Euro betrage. Weitere abhängige Beschäftigungen über der Beigeladene nicht aus. Die Tätigkeit werde voraussichtlich vom 10.7. bis 14.9. sowie vom 5. bis 23.10.2017 ausgeübt. Die Arbeiten würden nach Bauplan des Zeltens in Eigenregie ausgeführt und je nach Baufortschritt durch den Bauleiter koordiniert, abgenommen und begutachtet. Arbeitszeiten seien nach gesetzlichen Vorgaben und allgemeinem Baufortschritt weitestgehend einteilbar. Sie würden durch die Bauleitung koordiniert und mit dem einzelnen Unternehmer gesondert abgesprochen. Hinsichtlich des Projektes würden die Zeiten mit den anderen Gewerken/Arbeitern koordiniert. Tätigkeitsort sei projektbezogen der Aufstellungsort des Zeltens. Zur Frage, ob der Beigeladene unternehmerisch am Markt auftrete, ist angegeben "Entfällt da Subunternehmer". Entsprechendes gilt hinsichtlich der Frage nach eigenem Unternehmerrisiko des Beigeladenen. Ergänzend ist angegeben, dass während des Projektes keine anderen Tätigkeiten ausgeführt würden, so dass sonstige Einnahmen entfielen.

Auf Nachfragen gab die Klägerin an, die Stundenzettel selbst zu führen und mit der Rechnungsstellung des Beigeladenen abzugleichen. Die Aufgabeneinweisung erfolge durch die Projekt- bzw Bauleitung bzw eigenständig nach dem Bauzeitenplan. Dienst- oder Teambesprechungen hätten nicht regelmäßig, sondern nur bei Bedarf bzw Koordination mit anderen Gewerken bzw Subunternehmern stattgefunden. Der Beigeladene arbeite nicht mit Angestellten der Klägerin, sondern nur mit anderen Gewerken bzw Subunternehmern zur Auftrags Erfüllung und gegenseitigen Kooperation zusammen. Der Beigeladene sei nicht weisungsgebunden, er habe lediglich die Projektvorgaben einzuhalten. Die Werkzeuge würden projektbedingt von der Bauleitung gestellt. Für bestimmte Tätigkeiten bzw nach Bedarf habe der Beigeladene eigenes Werkzeug zu verwenden.

Der Beigeladene gab an, für die im Streit stehende Tätigkeit keine Beschäftigten eingesetzt und den Auftrag ausschließlich persönlich ausgeführt zu haben. Eine Verpflichtung zur Teilnahme an Besprechungen habe nicht bestanden. Weisungen habe er weder erteilt noch erhalten. Auch habe er nicht im Team gearbeitet. Unternehmerische Chancen sehe er in einem Folgeauftrag im nächsten Jahr.

Die Beklagte beurteilte die Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin vom 10.7. bis 14.9.2017 und ab 5.10.2017 als abhängige Beschäftigung und stellte Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung ab 10.7.2017 fest. Für eine abhängige Beschäftigung spreche, dass der Beigeladene die Dienstleistung höchstpersönlich erbringe, wobei das fachliche Entscheidungsrecht bei der Klägerin liege. Beim Beigeladenen bestehe lediglich ein geringes unternehmerisches Risiko, da Arbeitsmittel überwiegend durch die Bauleitung gestellt würden. Der Beigeladene übe dieselbe Tätigkeit aus, wie Angestellte der Klägerin. Für eine selbstständige Tätigkeit spreche, dass der Beigeladene Aufträge ablehnen könne. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Dass der Beigeladene für mehrere Auftraggeber tätig sei, schließe das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Der Beigeladene werde zur Auftrags Erfüllung gegenüber Endkunden der Klägerin eingesetzt, wobei der Endkunde auf die Ausgestaltung der Tätigkeit des Beigeladenen Einfluss nehme. Zwar werde der Beigeladene nicht am Betriebssitz der Klägerin, aber an einem von der Klägerin zugewiesenen Arbeitsort tätig. Somit erfolge eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Dritten. Das Weisungsrecht der Klägerin in Bezug auf Ort und Art und Weise der Tätigkeit ergebe sich aus dem jeweils erteilten Bauauftrag. Die Art der Tätigkeit lasse nur einen geringen Spielraum für eine von Weisungen des Auftraggebers unabhängige Ausgestaltung der Tätigkeit zu. (Bescheide vom 15.12.2017).

Mit ihrem hiergegen erhobenen Widerspruch ließen die Klägerin und der Beigeladene einwenden, dass der Beigeladene zu einer höchstpersönlichen Leistungserbringung nicht verpflichtet gewesen sei. Das fachliche Entscheidungsrecht läge nicht bei der Klägerin, da für die fachgerechte Ausführung des von den jeweiligen Zelteigentümern bzw dem Generalunternehmer vorgegebenen Plans der Beigeladene zu sorgen hatte. Der geringe Kapitaleinsatz beim Beigeladenen spreche nicht gegen seine Selbstständigkeit. Das Haftungsrisiko des Beigeladenen nach § 5 des Subunternehmervertrages begründe Unternehmerrisiko. Insoweit sei unberücksichtigt geblieben, dass Werkvertrags Elemente überwiegen. Dies ergebe sich auch aus § 8 des Vertrages, der auf [§ 644 BGB](#), also Werkvertragsrecht verweise. Ein Weisungsrecht habe nicht bestanden, die Klägerin habe den Einsatz der von ihr beauftragten Subunternehmer lediglich koordiniert. Auch eine Eingliederung fehle. Wenn überhaupt, könne lediglich von einer Organisation "Baustelle Oktoberfestzelt" ausgegangen werden. Diese sei aber nicht der Klägerin zu eigen gewesen. Die Vergütungshöhe spreche gegen eine abhängige Beschäftigung.

Die Zentrale Widerspruchsstelle der Beklagten hat den Widerspruch zurückgewiesen. Der Gegenstand des Subunternehmervertrages sei derart unbestimmt gewesen, dass er erst durch weitere Vorgaben der Klägerin konkretisiert werden müssen. Der Beigeladene habe seine Leistungen unter Einhaltung der Leistungsstandards der Klägerin erbringen müssen. Eine dienende Teilhabe am Arbeitsprozess im

Sinne einer abhängigen Beschäftigung liege regelmäßig vor, wenn das Arbeitsziel und die Mittel zu seiner Bewältigung, also der betriebliche Rahmen vom Auftraggeber gestellt wird oder auf seine Rechnung organisiert werden kann. Sie könne selbst dann noch gegeben sein, wenn lediglich der Geschäfts- oder Betriebszweck vorgegeben werden und es dem Beschäftigten überlassen wird, welche Mittel er zur Erreichung der Ziele einsetzt. Der Beigeladene habe schließlich nicht die Erstellung eines Werkes, sondern das Tätigwerden als Monteur und damit die weisungsgemäße Verwendung seiner Arbeitskraft geschuldet. Die Voraussetzungen für einen späteren Beginn der Versicherungspflicht seien nicht erfüllt, weil kein Nachweis über die Absicherung gegen das finanzielle Risiko zur Altersvorsorge nachgewiesen worden sei (Widerspruchsbescheid vom 11.7.2018).

Auf die am 8.8.2018 erhobene Klage der Klägerin hat das Sozialgericht München den Bescheid vom 15.12.2017 idG des Widerspruchsbescheides vom 11.7.2018 aufgehoben und festgestellt, dass der Beigeladene in seiner Tätigkeit als Monteur für die Klägerin vom 10.7. bis 14.9.2017 und vom 5. bis 30.10.2017 nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig war und keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung vorgelegen habe (Urteil vom 13.11.2018, ausgefertigt allerdings unter dem 4.12.2018).

Mit ihrer hiergegen am 10.1.2019 beim Landessozialgericht eingelegten Berufung moniert die Beklagte, dass die Klägerin nach § 5 Abs 4 des Subunternehmervertrages berechtigt war, den gemeinsam mit dem Beigeladenen erstellten Zeitplan abzuändern, so dass ein Weisungsrecht der Klägerin vertraglich vereinbart gewesen sei. Der Beigeladene habe die Tätigkeit in Zusammenarbeit mit einem abhängig beschäftigten Mitarbeiter sowie weiteren Subunternehmern der Klägerin unter den Vorgaben der Klägerin erbracht. Soweit eine Person - wie vorliegend der Beigeladene - keine abgrenzbare und im Vorfeld definierte Leistung erbringe, sondern Mitglied eines Teams sei, das eine Gesamtleistung erbringt, bedinge dies notwendig die Eingliederung in eine von fremder Seite vorgegebene Arbeitsorganisation und damit eine Weisungsbefugnis des Auftraggebers, da dieser die Funktion habe, die Leistungen der einzelnen Teammitglieder zu steuern. Der Beigeladene habe kein relevantes Unternehmerrisiko getragen. Soweit er teilweise eigenes Werkzeug verwendete, sei dies im handwerklichen Bereich auch bei abhängig Beschäftigten nicht unüblich.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts München vom 13.11.2018 aufzuheben und die Klage gegen die Bescheide vom 15.12.2017 idG des Widerspruchsbescheides vom 11.7.2018 abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die der Klägerin vertraglich eingeräumte Möglichkeit, den mit dem Beigeladenen vereinbarten Zeitplan zu ändern, sei erforderlich gewesen, um die evtl Vorgaben der Auftragsgeberin der Klägerin umsetzen zu können. Die Tätigkeit eines Monteurs stelle keinen Dienst höherer Art dar, so dass nicht lediglich von einer verfeinerten Weisungsgebundenheit ausgegangen werden könne. Der Beigeladene habe nicht mit Mitarbeitern der Klägerin zusammengearbeitet. Ungeachtet dessen bestehe ein Erfahrungssatz, wonach die Mitarbeit in einem Team notwendigerweise die Eingliederung in eine von fremder Seite vorgegebene Arbeitsorganisation und damit eine Weisungsbefugnis des Auftraggebers mit sich bringe, nicht. Das Projekt sei nicht von der Klägerin, sondern von deren Auftraggeberin geleitet worden. Im Übrigen hat die Klägerin auf ihren bisherigen Vortrag verweisen lassen.

Der Beigeladene hat dem späteren Beginn der Versicherungspflicht zugestimmt und einen Nachweis über das Bestehen einer vertraglichen Krankenversicherung vom 24.2.2018 nachgewiesen.

Die Bundesagentur für Arbeit und der für den Beigeladenen kontoführende Rentenversicherungsträger sind über das vorliegende Verfahren informiert worden und hatten Gelegenheit, ihre Beiladung zu beantragen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts wird auf die vorliegenden Akten verwiesen, auch soweit sie von der Beklagten und dem Sozialgericht München beigezogen worden sind.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist begründet.

1. Streitig ist die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen in seiner Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit vom 10.7. bis 14.9. und vom 5. bis zum 30.10.2017 als versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung, wie sie zunächst von der Beklagten mit Bescheiden vom 15.12.2017 idG der Widerspruchsbescheide vom 11.7.2018 erfolgte und zuletzt durch das Urteil des Sozialgerichts München vom 13.11.2018 unter Aufhebung der genannten Bescheide negiert worden ist.

2. Die Berufung ist begründet, da die angefochtenen Verwaltungsentscheidungen rechtmäßig sind und die Klägerin nicht in ihren Rechten verletzt. Die Klägerin hat keinen Anspruch auf die von ihr begehrte Feststellung, dass der Beigeladene in seiner Tätigkeit für die Klägerin vom 10.7. bis 14.9. und vom 5. bis 30.10.2017 nicht versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung war. Das anderslautende Urteil des Sozialgerichts ist entsprechend abzuändern und die Klage gegen die Bescheide vom 15.12.2017 idG des Widerspruchsbescheides vom 11.7.2018 abzuweisen.

a) Aufgrund des schriftlichen und mündlichen Vorbringens der Klägerin und des Beigeladenen im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren steht zur Überzeugung des Senats fest, dass die dem vorliegenden Streit zugrundeliegende Tätigkeit des Beigeladenen auf dem zwischen ihm und der Klägerin am 10.7.2017 geschlossenen Subunternehmervertrag beruht. Danach wurde der Beigeladene zur "Montage und Demontage von vorgefertigten Teilen" entsprechend des Leistungsverzeichnisses, der Leistungsbeschreibung, Pläne und Muster, des Raumbuchs, der Vorschriften der Berufsgenossenschaft und der zuständigen Behörden, des Bauzeitenplans sowie der einschlägigen neuesten - auch empfohlen - DIN-Vorschriften sowie die VDE- und VDI-Richtlinien verpflichtet. Die Klägerin und der Beigeladene hatten den genauen Arbeitsablauf und die Erbringung der Einzelleistungen mit Angabe der Einzelfristen in einem Terminplan vorab abgestimmt, wobei sich die

Klägerin eine einseitige Änderungsbefugnis vorbehalten hatte, um insbesondere Vorgaben ihrer Auftraggeberin umsetzen zu können. Die Tätigkeit des Beigeladenen erfolgte in den genannten Zeiträumen zusammen mit anderen Monteuren, die entsprechende Subunternehmerverträge mit der Klägerin abgeschlossen hatten.

b) Auf dieser Grundlage und unter Berücksichtigung der Gesamtumstände des vorliegenden Einzelfalls ist die in den angefochtenen Entscheidungen enthaltene Wertung, dass Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung vorliegt, nicht zu beanstanden.

Im streitigen Zeitraum unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung (vgl. [§ 1 Abs 1 S 1 Nr 1 SGB VI](#) und [§ 25 Abs 1 S 1 SGB III](#)).

Die Montage- und Demontagetätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin erfolgte im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung.

aa) Beschäftigung ist gemäß [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis (S 1). Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers (S 2). Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts setzt eine abhängige 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. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. 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 beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich danach, welche Umstände das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägen und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (vgl. BSG, Urteil vom 14.3.2018 - [B 12 KR 12/17 R](#) -, Rn 23 mwN).

bb) Der Versicherungspflicht aufgrund der Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin steht nicht entgegen, dass ein Vertragsverhältnis nicht zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen, sondern zwischen der Auftraggeberin der Klägerin und dem Beigeladenen nach [§ 10 Abs 1 S 1 AÜG](#) entstanden wäre. Bei dem zwischen der Klägerin und ihrer Auftraggeberin geschlossenen Werkvertrags handelt es sich insbesondere nicht um einen Vertrag über die Überlassung zur Arbeitsleistung iS des [§ 1 Abs 1 S 1 AÜG](#). Eine Überlassung zur Arbeitsleistung iS des [§ 1 Abs 1 S 1 AÜG](#) ist gegeben, wenn einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt werden, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen (vgl. BAG, Urteil vom 27.6.2017 - [9 AZR 133/16](#) -, Rn. 26 mwN). Notwendiger Inhalt eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, diesem zur Förderung von dessen Betriebszwecken Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen. Die Vertragspflicht des Verleihers gegenüber dem Entleiher endet, wenn er den Arbeitnehmer ausgewählt und ihn dem Entleiher zur Verfügung gestellt hat. Die Vertragspflichten der Klägerin gegenüber ihrer Auftraggeberin erschöpften sich allerdings nicht in der Vermittlung und Überlassung von Arbeitnehmern. Ausweislich des Werkvertrags vom 30.5.2017 hatte die Klägerin das Werk "Montage und Demontage des W-Holzbaues K" herzustellen. Es wird ausdrücklich vereinbart, dass die Klägerin ihrer Auftraggeberin einen qualifizierten Bauleiter nennt, der ihr als alleiniger Ansprechpartner fungiert. Damit schuldet die Klägerin ihrer Auftraggeberin die Erstellung eines konkreten Werkes (hier: Auf- und Abbau eines Festzeltes) und es bestehen keine Anhaltspunkte dafür, dass Arbeiter in den Betrieb der Auftraggeberin der Klägerin eingegliedert werden sollten, so dass nichts für die Vereinbarung einer Arbeitnehmerüberlassung spricht.

cc) Auf der Grundlage des Subunternehmervertrages vom 10.7.2017, wie er von der Klägerin und dem Beigeladenen nach der Beschreibung der Klägerin gelebt worden ist, ist vorliegend von einer Beschäftigung iS des [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) auszugehen. Die für eine Beschäftigung sprechenden Indizien überwiegen die für eine Selbstständigkeit sprechenden Umstände deutlich, so dass der Wille der Klägerin und des Beigeladenen, keine Anstellung zu vereinbaren, letztlich nicht entsprechend wertend berücksichtigt werden kann.

(1.) Bei dem Subunternehmervertrag handelt es sich nicht um einen Werkvertrag. Durch einen Werkvertrag wird der Unternehmer zur Herstellung des versprochenen Werkes und der Besteller zur Entrichtung der vereinbarten Vergütung verpflichtet ([§ 631 Abs 1 BGB](#)). Gegenstand eines Werkvertrages kann sowohl die Herstellung oder Veränderung einer Sache als auch ein anderer durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführender Erfolg sein ([§ 631 Abs 2 BGB](#)). Für die Abgrenzung zum Dienstvertrag ist maßgebend, ob ein bestimmtes Arbeitsergebnis bzw ein bestimmter Arbeitserfolg oder nur eine bestimmte Dienstleistung als solche geschuldet wird (vgl. BAG, Urteil vom 25.9.2013 - [10 AZR 282/12](#) -, Rn 15 zitiert nach juris mwN).

Vorliegend ist ein vom Beigeladenen herzustellendes Werk oder ein durch seine Arbeit herbeizuführender Erfolg nicht festzustellen. Der Beigeladene konnte offensichtlich (allein) durch seine Tätigkeit den Baukörper für das Festzelt nicht erstellen. Dem entsprechend wird der Vertragsgegenstand des zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen geschlossenen Vertrages mit "Arbeiten durch den Subunternehmer" sowie "Montage und Demontage von vorgefertigten Teilen" beschrieben. Dass die Klägerin und der Beigeladene die vom Beigeladenen zu erbringende Leistungen weiter dahin eingegrenzt hätten, dass innerhalb des Zeltaufbaus vom Beigeladenen allein ein abgrenzbares und abnahmefähiges Werk (zB der Aufbau einer Schänke oder die Verlegung eines konkret bestimmten Teils des Bodens) geschuldet war wurde von den Beteiligten trotz Nachfrage des Gerichts nicht vorgetragen und ist auch sonst nicht ersichtlich. Eine solche ergibt sich insbesondere nicht aus den von der Klägerin und dem Beigeladenen ergänzend zum Subunternehmervertrag getroffenen Absprachen zum genauen Arbeitsablauf und der Erbringung der Einzelleistungen mit Angaben der Einzelristen in einem Terminplan. Unter Berücksichtigung der dem Gericht zur Verfügung stehenden Materialien über den Auf- und Abbau von Festzelten (vgl. zB www.hb-festzelt.de/festzelt/der-aufbau.html; Aufbau Oktoberfestzelt - Youtube) war eine konkrete Absprache der vom Beigeladenen geschuldeten Leistungen vorab nicht möglich. Diese hatte sich vielmehr nach dem jeweiligen Bedarf des Montagefortgangs und damit nach (dem Betriebszweck) der Klägerin zu richten. Zur Überzeugung des Senats war der Beigeladene bei den von ihm geschuldeten, nicht weiter konkretisierbaren Montage- und Demontagetätigkeiten, die auf der Baustelle zusammen oder zumindest in fortgesetzter Abstimmung mit Leistungen weiterer "Subunternehmer" der Klägerin zu erfolgen hatten, in einem arbeitsteiligen Prozess in einer Weise eingegliedert, die eine eigenverantwortliche Organisation der Erstellung des vereinbarten "Werks" faktisch ausschloss.

(2.) Die Montage- und Demontagetätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin erfolgte in Form der abhängigen Beschäftigung, da sie in den Betrieb der Klägerin eingegliedert erbracht wurde.

Hiergegen spricht nicht, dass die Klägerin auf der Theresienwiese eine Betriebsstätte und sächliche Betriebsmittel nicht unterhielt, sondern die Montage- und Demontearbeiten auf der Baustelle ihrer Auftraggeberin bzw deren Auftraggeberin und mit den dort vorhandenen bzw vom Beigeladenen mitgebrachten Arbeitsmitteln, ausführen ließ. Es fehlt hier nicht an einem Betrieb der Klägerin, in dem der Beigeladene eingegliedert war.

Voraussetzung einer Beschäftigung ist die Einordnung in eine von anderer Seite vorgegebene Ordnung, in der fremdbestimmt Arbeit geleistet werden kann (vgl BSG, Urteil vom 4.6.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -, Rn 19 zitiert nach juris mwN). Sie ist jedenfalls erfüllt, wenn die Arbeit in einem Betrieb im arbeitsrechtlichen Sinn geleistet wird. Im Arbeitsrecht wird im allgemeinen unter Betrieb die organisatorische Einheit verstanden, innerhalb der ein Unternehmer allein oder in Gemeinschaft von Mitarbeitern mit Hilfe sächlicher oder sonstiger Mittel bestimmte arbeitstechnische Zwecke fortgesetzt verfolgt (BSG, aaO).

Die Klägerin hatte in diesem Sinn für den Aufbau des Festzeltes einen Betrieb. Sie hatte ihrer Auftraggeberin angeboten, das Wiesn-Zelt aufzubauen und war damit Vertragspartnerin ihrer Auftraggeberin. Sie führte die Montage und Demontage des Festzeltes aufgrund eines Werkvertrages mit ihrer Auftraggeberin als eigenes Geschäft für eigene Rechnung aus. Sie setzte zu diesem Zweck den Beigeladenen (und weitere Subunternehmer) ein. Dass sie nicht Eigentümerin, Mieterin oder Leasingnehmerin der für die Erbringung der Arbeit erforderlichen Betriebsmittel war, sondern sich diese von ihrer Auftraggeberin zur Verfügung stellen ließ, ändert nichts an dem von ihr als GmbH mit Hilfe sächlicher Mittel verfolgten arbeitstechnischen Zweck des Zeltauf- und -abbaus. Es kommt für die Zuordnung eines Betriebes zu einem bestimmten Arbeitgeber auf das Vorhandensein, nicht die Art der Beschaffung der sächlichen Betriebsmittel und darauf an, wer mit diesen Betriebsmitteln fremdbestimmte Arbeit leisten lässt (vgl zur Tätigkeit von Ausbeinern in Schlachtbetrieben Dritter BSG, Urteil vom 4.6.1998 - [B 12 KR 5/97 R](#) -, Rn 19). Maßgeblich bleibt damit, dass die Klägerin durch den Einsatz der von ihr beauftragten Monteure ihrer vertraglichen Verpflichtung nachkommen wollte, den gegenüber ihrer Auftraggeberin geschuldeten Auf- und Abbau eines Festzeltes zu erfüllen.

Der Beigeladene war in diesen Betrieb der Klägerin eingegliedert, da er zusammen mit weiteren "Subunternehmern" der Klägerin zunächst Fertigteile zu einem Zelt aufgebaut und dieses später wieder abgebaut hat. Darüber hinaus war der Beigeladene auf Betriebsmittel der Klägerin bzw ihrer Auftraggeberin (zB Kran, Stapler) angewiesen, konnte die von ihm geschuldete Montage- bzw Demontage insbesondere nicht allein mit den von ihm mitgebrachten Werkzeugen erbringen.

(3.) Der Beigeladene erbrachte seine Tätigkeit für die Klägerin auch weisungsgebunden. Soweit die Klägerin sinngemäß vortragen lässt, dass die Beschreibung des Auftrags, wie sie gemeinsam zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen gesondert abgesprochen und insoweit Gegenstand des Vertrages geworden war, weitere Weisungen überflüssig gemacht hätten, überzeugt dies letztlich nicht. Insoweit weist die Beklagte zu Recht darauf hin, dass sich die Klägerin ausdrücklich vorbehalten hatte, das mit dem Beigeladenen abgesprochene Vorgehen einseitig abändern zu dürfen. Die Klägerin war darüber hinaus gegenüber ihrer Auftraggeberin verpflichtet, einen Bauleiter zu nennen, um die Abstimmung von Leistungen auf der Baustelle mit der Klägerin bzw ihren Mitarbeitern zu ermöglichen. Auf dieser Grundlage ist insbesondere nicht davon auszugehen, dass die Montage und Demontage allein durch die Vorababstimmung der Klägerin mit dem Beigeladenen und den anderen Subunternehmern im Sinne einer einvernehmlichen Auftragskonkretisierung derart möglich war, dass eine Organisation der Tätigkeiten der von der Klägerin eingesetzten Monteure auf der Baustelle entbehrlich war. Zur Überzeugung des Senats ist vielmehr davon auszugehen, dass der arbeitsteilige Prozess der Montage und Demontage vor Ort durch die Klägerin oder einen von ihr eingesetzten Mitarbeiter fortgesetzt geplant und organisiert werden musste und insoweit eine eigenverantwortliche Organisation der Tätigkeit durch den Beigeladenen ausgeschlossen war. Die insoweit zwingend auf der Hand liegende Weisungsbefugnis der Klägerin gegenüber der für sie auf der Baustelle tätigen Monteure wird nicht dadurch in Frage gestellt, dass diese ggf in der Praxis zu keinem Zeitpunkt als solche ausgeübt werden musste bzw wahrgenommen wurde.

Für die damit im Ergebnis feststehende Weisungsgebundenheit der Tätigkeit des Beigeladenen gegenüber der Klägerin kommt es nicht darauf an, dass diese (aus Sicht der Klägerin ausschließlich) erforderlich war, um Vorgaben ihrer Auftraggeberin umzusetzen, nachdem Grundlage der Weisungsbefugnis gegenüber dem Beigeladenen das Arbeitsverhältnis bleibt.

Ihr steht schließlich nicht entgegen, dass die von der Klägerin zur Erfüllung des Werkvertrages gegenüber ihrer Auftraggeberin eingesetzten Monteure bisweilen auch deren Weisungen bzw den Weisungen von deren Bauleiter ausgesetzt gewesen sein mögen. Denn die Weisungen anderer sind, wenn der Unternehmer die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen organisiert und er dem Drittunternehmer für die Herstellung des geschuldeten Werkes verantwortlich bleibt, wie sich aus [§ 645 Abs 1 S 1 BGB](#) ergibt, unschädlich (vgl BSG, Urteil vom 29.4.2004 - [B 11 AL 3/04 R](#) -, Rn 26 zitiert nach juris mwN).

(4.) Für das Vorliegen einer Beschäftigung spricht weiter, dass der Beigeladene grundsätzlich zur höchstpersönlichen Leistungserfüllung verpflichtet war. Es ist für das Vorliegen von Beschäftigung typisch, dass die Tätigkeit in der Regel in eigener Person erbracht wird. Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsleistung in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, Rn 33). Auch nach der Rechtsprechung des BAG stellt die Pflicht, die Leistung grundsätzlich persönlich zu erbringen, ein typisches Merkmal für ein Arbeitsverhältnis dar, auch wenn nach [§ 613 S 1 BGB](#) der zur Dienstleistung Verpflichtete die Dienste nur "im Zweifel" in Person zu leisten hat (vgl BAG, Urteil vom 19.11.1997 - [5 AZR 653/96](#) -, Rn 125 zitiert nach juris). Allerdings führt das bloße Bestehen der Möglichkeit der Einschaltung Dritter in die Leistungserbringung nicht automatisch zur Annahme (unternehmerischer) Selbstständigkeit im Rechtssinne (BSG, Urteil vom 18.11.2015 - [B 12 KR 16/13 R](#) -, Rn. 33). Vorliegend war der Beigeladene zwar Beigeladene zwar für den Fall seiner (krankheitsbedingten) Verhinderung vertraglich verpflichtet, "Ersatz" zu leisten. Es ist allerdings bereits nicht festzustellen, dass dies in der Praxis tatsächlich erfolgt ist bzw wie er dies hätte bewerkstelligen sollen, nachdem er eigene Angestellte nicht beschäftigte und es ihm gleichzeitig vertraglich verboten war, den Auftrag der Klägerin an Dritte weiterzugeben. Damit war das Verhältnis zwischen der Klägerin und Beigeladenen insgesamt durch die - für eine abhängige Beschäftigung stehende - höchstpersönliche Leistungserbringung geprägt.

(5.) Der Beigeladene war keinem nennenswerten Unternehmerrisiko ausgesetzt. Er erhielt einen festen Stundenlohn für jede von ihm gearbeitete Stunde und hatte keinen Verdienstausschlag zu befürchten. Für ihn bestand auch nicht die Chance, durch unternehmerisches Geschick seine Arbeit so effizient zu gestalten, dass er das Verhältnis von Aufwand und Ertrag zu seinen Gunsten entscheidend hätte beeinflussen können. Das Risiko, im Folgejahr beim Wiesn-Zelt-Aufbau keinen Folgeauftrag zu erhalten, ist für die Statusbeurteilung der Tätigkeit in den jeweils gesondert zu betrachtenden Einzeldiensten irrelevant. Denn aus dem Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Dienste zeitweise die eigene Arbeitskraft gegebenenfalls nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko bezüglich der einzelnen

Einsätze (vgl BSG, Urteil vom 19.10.2021 - [B 12 R 10/20 R](#) -, Rn 36).

Ein auf die vorliegend streitige Feststellung durchgreifendes Unternehmerrisiko ergibt sich nicht aus den eigenen Betriebsmitteln, die der Beigeladene auf der Baustelle der Klägerin einsetzen musste. Insoweit ist weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass diese für den Einsatz bei der Klägerin angeschafft und im Übrigen verloren gewesen wären.

Unternehmerrisiko ergibt sich schließlich nicht aus den zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen vertraglich vereinbarten Haftungsregelungen. Insoweit ist zunächst zu berücksichtigen, dass diese Regelungen offensichtlich von der Idee geleitet waren, dass es sich bei dem Subunternehmervertrag um einen Werkvertrag handelt bzw ggf sogar dazu bestimmt waren, das Vorliegen eines Werkvertrages zu steuern. Es kann dahinstehen, ob diese im Hinblick auf das (zumindest sozialversicherungsrechtliche) Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung überhaupt zur Geltung gelangen könnten, nachdem eine solche "Haftung" für Schlechtleistungen, wenn auch eingeschränkt, Arbeitnehmer gleichermaßen trifft, so dass es sich hierbei nicht um einen Umstand handelt, der für eine selbstständige Tätigkeit spricht (BSG, Urteil vom 28.9.2011 - [B 12 R 17/09 R](#) -, Rn. 26).

(6.) Sprechen die Umstände des vorliegenden Einzelfalles aufgrund der weisungsgebundenen Eingliederung des Beigeladenen in den Betrieb der Klägerin bei Fehlen von Unternehmerrisiko deutlich für eine abhängige Beschäftigung, kann dem ua in der Bezeichnung des Vertrages, der Höhe der vereinbarten Vergütung und der fehlenden (Regelung einer) Entgeltfortzahlung bei Krankheit und Urlaub zum Ausdruck kommenden Parteiwille keine (versicherungspflichtige) Beschäftigung vereinbaren zu wollen, keine durchgreifende Bedeutung beigemessen werden (BSG, Urteil vom 4.6.2019 - [B 12 R 11/18 R](#) -, Rn 36).

c) Die Versicherungspflicht beginnt mit der Aufnahme der Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin am 10.7.2017. Ihr Beginn verschiebt sich insbesondere nicht nach [§ 7a Abs 6 S 1 SGB IV](#). Danach tritt die Versicherungspflicht mit der Bekanntgabe der Entscheidung ein, wenn der Antrag auf Statusfeststellung innerhalb eines Monats nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt wird und die Deutsche Rentenversicherung Bund ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis feststellt, der Beschäftigte zustimmt und 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 ([§ 7a SGB 4](#) in der Fassung vom 29.3.2017). Diese Voraussetzungen sind vorliegend nicht erfüllt, da zwar eine Zustimmung des Beigeladenen, nicht hingegen eine Absicherung zur Altersvorsorge vorliegt. Eine solche wurde trotz Aufforderung durch die Beklagte weder behauptet noch nachgewiesen. Damit ist der von der Beklagten festgestellte Beginn des Eintritts der Versicherungspflicht am 10.7.2017 nicht zu beanstanden.

d) Versicherungsfreiheit wegen zeitlich geringfügiger Beschäftigung nach [§ 8 Abs 1 Nr 2 SGB IV](#) idF vom 5.12.2012 lag nicht vor. Danach liegt eine geringfügige Beschäftigung vor, wenn die Beschäftigung innerhalb eines Kalenderjahres auf längstens zwei Monate oder 50 Arbeitstage nach ihrer Eigenart begrenzt zu sein pflegt oder im Voraus vertraglich begrenzt ist, es sei denn, dass die Beschäftigung berufsmäßig ausgeübt wird und ihr Entgelt 450 Euro im Monat übersteigt.

Die Tätigkeit des Beigeladenen war nicht zeitgeringfügig in diesem Sinne, da sie berufsmäßig ausgeübt wurde und 450 Euro überstieg.

Eine Beschäftigung wird dann berufsmäßig ausgeübt, wenn sie für den Beschäftigten nicht nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist und der Beschäftigte damit seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang bestreitet, dass seine wirtschaftliche Stellung zu einem erheblichen Teil auf dieser Beschäftigung beruht (BSG, Urteil vom 14.3.2018 - [B 12 KR 17/16 R](#) -, Rn 12).

Der Beigeladene erwirtschaftete unter Berücksichtigung der aktenkundigen Angaben und Unterlagen aus der dem vorliegenden Streit zugrundeliegenden Tätigkeit Einkünfte iHv rd 14 000 Euro. Daneben übte der Beigeladene in der Zeit vom 10.7. bis 13.9. und vom 5. bis 30.10.2017 andere Tätigkeiten nicht aus, so dass gleichzeitig andere Einnahmen nicht erzielt wurden. Es ist auch sonst weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich, dass die Einnahmen für den Beigeladenen lediglich von untergeordneter Bedeutung gewesen sein könnten.

3. Die Berichtigung des angefochtenen Urteils beruht auf der Grundlage des [§ 138 S 1 SGG](#). Danach sind Schreibfehler, Rechenfehler und ähnliche offenbare Unrichtigkeiten im Urteil jederzeit von Amts wegen zu berichtigen.

Das im schriftlichen Urteil angegebene Datum der mündlichen Verhandlung, aufgrund derer das Urteil ergangen ist, ist offensichtlich unrichtig. Das Urteil des Sozialgerichts ist aufgrund mündlicher Verhandlung am 13.11.2018 ergangen (vgl Niederschrift vom 13.11.2018, Bl 49 der Akte des Sozialgerichts München). Ungeachtet dessen datiert das schriftliche Urteil vom 4.12.2018, mutmaßlich dem Zeitpunkt, zu dem die entsprechende Datei im Schreibwerk angelegt worden ist.

Beim Tag der mündlichen Verhandlung nach [§ 136 Abs 1 Nr 3 SGG](#) handelt es sich um eine Angabe, die nach [§ 138 S 1 SGG](#) berichtigt werden kann (vgl Wolff-Dellen in Fichte/Jüttner, SGG, 3. Aufl 2020, § 138 Rn 3).

Die Berichtigung offener Unrichtigkeiten in einem angefochtenen (vorinstanzlichen) Urteil nimmt das Rechtsmittelgericht in entsprechender Anwendung des [§ 138 SGG](#) im Rahmen seiner Entscheidung über das Rechtsmittel vor (vgl bereits BSG, Urteil vom 14.2.1978 - [7/12 RAr 73/76](#)). Die Berichtigung durch das Rechtsmittelgericht hat - entgegen [§ 138 S 2 SGG](#) - durch den Senat zu erfolgen (vgl BSG, Beschluss vom 6.3.2012 - [B 1 KR 43/11 B](#) -, Rn 4).

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 S 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 1](#), [§ 162 Abs 3 VwGO](#). Billigkeitsgesichtspunkte, die eine Erstattung der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen begründen könnten, sind (auch im Berufungsverfahren) weder vorgetragen noch anderweitig ersichtlich.

5. Gründe für eine Zulassung der Revision sind nicht ersichtlich.

6. Die Streitwertfestsetzung beruht auf [§ 197a Abs 1 S 1 HS 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 S 1](#), [§ 52 Abs 2](#), [§ 47 Abs 1 S 1 GKG](#).

Rechtskraft

Aus
Saved
2022-08-04