B 12 KR 18/00 R

Land
Bundesrepublik Deutschland
Sozialgericht
Bundessozialgericht
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
12
1. Instanz

-
Aktenzeichen

-
Datum
19.11.1998
2. Instanz
Sächsisches LSG
Aktenzeichen

L 1 KR 1/99

Datum
02.03.2000

3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

B 12 KR 18/00 R

Datum
25.01.2001

Kategorie
Urteil

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Sächsischen Landesozialgerichts vom 2. März 2000 - [L 1 KR 1/99](#) - aufgehoben, soweit über die Anfechtungsklage und die Klage auf Zahlung des Beitragszuschusses nach [§ 257 SGB V](#) entschieden worden ist. Insoweit wird die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das Landessozialgericht zurückverwiesen. Die Revision der Klägerin wird zurückgewiesen, soweit über die Feststellungsklage und über die Klage auf Abführung der Rentenversicherungsbeiträge entschieden worden ist.

Gründe:

I

Streitig ist die Versicherungspflicht in der Rentenversicherung und beitragspflichtig zur Bundesanstalt für Arbeit (BA) sowie der Anspruch auf einen Beitragszuschuß zur Krankenversicherung.

Die 1950 geborene Klägerin ist Rechtsanwältin. Im Mai 1992 schloß sie mit dem Landkreis M. einen "Honorarvertrag" über eine Beratertätigkeit im Amt zur Regelung offener Vermögensfragen für die Zeit vom 1. Juni bis 31. Dezember 1992. Die Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) stellte anlässlich einer Betriebsprüfung beim Landkreis für die Zeit bis 31. Dezember 1992 fest, daß es sich bei der Tätigkeit der Klägerin um eine abhängige versicherungspflichtige Beschäftigung handelte (Prüfbericht vom 22. September 1993). Sie folgte damit dem Besprechungsergebnis der Spitzenverbände der Sozialversicherungsträger vom 16./17. März 1993 und der Auffassung des Bundesministers für Finanzen, wonach die zur Erfüllung der Aufgaben nach § 28 des Vermögensgesetzes von den Gemeinden im Beitrittsgebiet herangezogenen Rechtsanwälte, Steuerberater und Wirtschaftsprüfer und anderen Fachkräfte als abhängig Beschäftigte anzusehen seien und die erzielten Honorare dem Lohnsteuerabzug unterlägen. Der Landkreis zahlte die bis Dezember 1992 geforderten Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung.

Die Klägerin war ab Januar 1993 weiter für den Landkreis im Amt zur Regelung offener Vermögensfragen tätig. Am 9. Juni 1993 schloß sie mit diesem einen neuen "Honorarvertrag" für das Jahr 1993 und am 10. Dezember 1993 einen gleichlautenden Vertrag für das Jahr 1994. Grundlage der Verträge war ein Mustervertrag des Bundesverwaltungsamtes. Nach § 1 Abs 1 der Verträge umfaßte die Tätigkeit der Klägerin die Mitwirkung an fachlichen Entscheidungen, die Beratung der zuständigen Mitarbeiter des Landkreises bei der Vorbereitung von Entscheidungen, gutachtliche Stellungnahmen, Durchführung von Schulungsmaßnahmen sowie die Herbeiführung gütlicher Einigungen. Die inhaltliche Ausgestaltung der Tätigkeit sollte in ständiger Absprache mit dem Amt zur Regelung offener Vermögensfragen erfolgen. Die Aufgaben waren in den Diensträumen des Landkreises wahrzunehmen (§ 1 Abs 2 der Verträge). Im Gegensatz zum Vertrag vom Mai 1992, der eine Arbeitszeit von 40 Stunden/Woche festlegte, regelte § 2 der Verträge nunmehr als "Zeitaufwand": "Die Aufgabe erfordert, daß der Auftragnehmer zumindest während der normalen Dienststunden im Amt zur Regelung offener Vermögensfragen zur Verfügung steht. Die Einzelheiten können mit dem Auftraggeber (Landkreis) abgestimmt werden." Als Vergütung wurde für das Jahr 1993 ein monatlich nachträglich zu zahlendes pauschales Honorar von 10.500 DM einschließlich einer Reisekostenpauschale von 1.500 DM und der gesetzlichen Umsatzsteuer vereinbart sowie eine pauschale Aufwandsentschädigung von 1.750 DM. Für das Jahr 1994 wurde ein pauschales Honorar von 9.000 DM einschließlich Umsatzsteuer und eine pauschale Aufwandsentschädigung "in der vom Bundesverwaltungsamt bezuschußten Höhe" festgelegt. Während der Vertrag vom Mai 1992 eine Minderung der Vergütung nur für den Fall der krankheitsbedingten Arbeitsunfähigkeit vorsah und einen bezahlten Urlaub von 24 Tagen im Jahr, wurde in den neuen Verträgen auch eine Vergütungs-minderung für Erholungszeit vereinbart (§ 3 Abs 5 der Verträge). Diese Zeiten waren mit der Klägerin abzustimmen (§ 7 der Verträge).

Die beklagte Ersatzkasse, deren Mitglied die Klägerin bis zum 31. März 1994 war, stellte mit Bescheid vom 29. Juli 1994 gegenüber dem

Landkreis die Versicherungspflicht der Klägerin in der Rentenversicherung und die Beitragspflicht zur BA auch für die Zeit vom 1. Januar 1993 bis 31. März 1994 fest und forderte den Landkreis auf, die Beiträge nachzuzahlen. Dem Widerspruch des Landkreises, mit dem dieser sich auf die neuen Honorarverträge vom 9. Juni und 10. Dezember 1993 und die Auffassung des Bundesverwaltungsamtes über das Vorliegen einer selbständigen Beratertätigkeit berief, half die Beklagte mit Bescheid vom 7. November 1994 ab. Mit Schreiben vom gleichen Tage teilte sie ihre Auffassung der Klägerin mit; aufgrund der Vertragsgestaltung ab 1. Januar 1993 sei davon auszugehen, daß die Klägerin seit diesem Zeitpunkt als selbständige Rechtsanwältin für den Landkreis tätig sei. Mit Bescheid vom 6. Februar 1995 lehnte es die Beklagte ab, dem hiergegen gerichteten Widerspruch der Klägerin abzuweichen. Mit Widerspruchsbescheid vom 4. August 1995 wies sie den Widerspruch zurück: Bei dem Bescheid vom 29. Juli 1994 habe es sich um einen rechtswidrigen nicht begünstigenden Verwaltungsakt gehandelt, der nach § 44 Abs 2 des Sozialgesetzbuchs - Verwaltungsverfahren (SGB X) habe zurückgenommen werden dürfen. Die Klägerin sei nicht abhängig beschäftigt, sondern selbständig tätig gewesen.

Das Sozialgericht (SG) hat nach Beiladung der BfA (Beigeladene zu 1), der BA (Beigeladene zu 2) und des Landkreises M. (Beigeladener zu 3) der Klage durch Urteil vom 19. November 1998 stattgegeben. Es hat den Bescheid vom 7. November 1994 idF des Bescheides vom 6. Februar 1995 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 4. August 1995 aufgehoben und entsprechend den Anträgen der Klägerin festgestellt, daß diese im Zeitraum vom 1. Januar 1993 bis 31. März 1994 in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis zum Beigeladenen zu 3) gestanden hat, sowie den Beigeladenen zu 3) verurteilt, für diese Zeit Beiträge zur Rentenversicherung in gesetzlicher Höhe zugunsten der Klägerin abzuführen und einen Beitragszuschuß nach § 257 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Gesetzliche Krankenversicherung (SGB V) in gesetzlicher Höhe zu zahlen. Auf die Berufung des Beigeladenen zu 3) hat das Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 2. März 2000 das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Die Anfechtungs- und die Feststellungsklage seien zulässig, jedoch unbegründet. Die angefochtenen Bescheide seien rechtmäßig. Die Klägerin habe gegen den Beigeladenen zu 3) keinen Anspruch auf Zahlung von Beiträgen zur Rentenversicherung und auf einen Beitragszuschuß nach [§ 257 Abs 1 SGB V](#). Sie habe nicht in einem Beschäftigungsverhältnis zu diesem gestanden. Die Ausgestaltung ihrer Tätigkeit habe den Vereinbarungen des Honorarvertrages entsprochen. Diese habe zwar sowohl typische Merkmale eines Beschäftigungsverhältnisses als auch einer selbständigen Tätigkeit aufgewiesen. Nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung habe indessen eine selbständige Tätigkeit vorgelegen.

Gegen dieses Urteil wendet sich die Revision der Klägerin. Sie rügt eine Verletzung des § 7 Abs 1 des Sozialgesetzbuchs - Gemeinsame Vorschriften für die Sozialversicherung (SGB IV). Das LSG habe die Aussage des Zeugen K. nicht gewürdigt und unrichtige Feststellungen getroffen. Die Feststellung des LSG, sie sei nicht durchgängig fünf Tage in der Woche während der Kernarbeitszeit im Amt anwesend gewesen, treffe nicht zu. Eine entsprechende Zeugenaussage gebe es nicht. Ferner wird eine Verletzung von [Art 3 Abs 1](#), [Art 9 Abs 3](#) iVm [Art 20 Abs 1](#) des Grundgesetzes gerügt, da auch Rechtsanwälte sozial schutzbedürftig seien.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG vom 2. März 2000 aufzuheben und die Berufung des Beigeladenen zu 3) gegen das Urteil des SG vom 19. November 1998 zurückzuweisen.

Der Beigeladene zu 3) beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Er hält das Urteil des LSG für zutreffend.

Die Beklagte und die Beigeladenen zu 1) und 2) haben keine Anträge gestellt. Die Beigeladene zu 2) hat sich schriftsätzlich der Rechtsauffassung der Klägerin angeschlossen.

II

1. Die Revision der Klägerin ist teilweise begründet.

a) Die Beklagte hatte mit Bescheid vom 29. Juli 1994 gegenüber dem Beigeladenen zu 3) festgestellt, daß die Klägerin auch in der Zeit vom 1. Januar 1993 bis 31. März 1994 bei diesem abhängig beschäftigt war und Beiträge zur Renten- und Arbeitslosenversicherung zu entrichten waren. Diesen Bescheid hob die Beklagte sinngemäß durch den Bescheid vom 7. November 1994 auf und stellte fest, daß die Klägerin ab Januar 1993 als selbständige Rechtsanwältin beratend für den Beigeladenen zu 3) tätig war. Hiervon unterrichtete sie die Klägerin mit Schreiben vom gleichen Tage. Diese erhob gegen den Bescheid vom 7. November 1994 als unmittelbar in ihren Rechten Betroffene zulässigerweise Widerspruch, dem die Beklagte mit Bescheid vom 6. Februar 1995 ausdrücklich nicht abhalf, sondern ihn mit Widerspruchsbescheid vom 4. August 1995 zurückwies. Die gegen diese Bescheide gerichtete Anfechtungsklage ist zulässig. Das LSG hat das der Klage stattgebende Urteil des SG aufgehoben. Die Revision der Klägerin ist begründet, soweit sie sich gegen diese Entscheidung des LSG richtet. Das Urteil des LSG ist insoweit aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückzuverweisen. Das LSG hat die Mitarbeit der Klägerin im Amt zur Regelung offener Vermögensfragen des Beigeladenen zu 3) in der Zeit ab Januar 1993 bis Mai 1994 als selbstständige Tätigkeit angesehen. Eine in der Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungspflichtige und beitragspflichtige Beschäftigung habe nicht vorgelegen. Diese Bewertung hält der revisionsrechtlichen Prüfung nicht stand.

b) In den Jahren 1993 und 1994 unterlagen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt waren, in der Renten- und Arbeitslosenversicherung unabhängig von der Höhe des Entgelts der Versicherungs- und Beitragspflicht (§ 1 Satz 1 Nr 1 des Sozialgesetzbuchs - Gesetzliche Rentenversicherung (SGB VI); § 168 Abs 1 Satz 1 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) in seiner bis zum 31. Dezember 1998 geltenden Fassung (aF; jetzt [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#)). Nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) aF ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (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. Allerdings kann dies - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur funktionsgerechten dienenden

Teilhabe am Arbeitsprozeß verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen freigestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Weichen die Vereinbarungen von den tatsächlichen Verhältnissen ab, geben diese den Ausschlag ([BSGE 45, 199](#), 200 ff = [SozR 2200 § 1227 Nr 8](#); [BSG SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 31 f](#), jeweils mwN; zur Verfassungsmäßigkeit BVerfG, Kammerbeschuß, [SozR 3-2400 § 7 Nr 11](#)).

c) Das LSG ist von diesen Grundsätzen ausgegangen. Es hat als Merkmale der Einbindung der Klägerin in die Organisation des Beigeladenen zu 3) und damit eines Beschäftigungsverhältnisses angesehen, daß ihr die Akten zur Bearbeitung zugewiesen wurden. Eine Auswahl oder eine Bestimmung der Reihenfolge der Bearbeitung konnte sie selbst nicht treffen. Sie durfte im Fall der Abwesenheit (Urlaub/Krankheit) auch keinen Vertreter benennen. Sie konnte ihre Tätigkeit tatsächlich nur im Amt ausüben. Diese Feststellungen sind nicht mit Verfahrensrügen angefochten worden. Ihre Beurteilung als Merkmale einer abhängigen Beschäftigung ist rechtlich nicht zu beanstanden.

d) Das LSG hat jedoch die Umstände, die für eine freie Mitarbeitertätigkeit und damit gegen ein Beschäftigungsverhältnis sprechen, als erheblich überwiegend angesehen und das Gesamtbild der Arbeitsleistung als selbständige Tätigkeit bewertet. Diese Beurteilung ist nicht frei von Rechtsfehlern.

Das LSG hat zunächst allgemein angeführt, die Ausgestaltung der Dienstleistung der Klägerin habe den Vereinbarungen des Honorarvertrages entsprochen. Speziell zur Arbeitszeitgestaltung hat es festgestellt, sie habe nicht typischerweise der eines Angestelltenverhältnisses entsprochen. In § 2 Satz 1 des Honorarvertrages sei die Dauer der Arbeitszeit nicht eindeutig festgelegt worden. Schon diese Bestimmung im Unterschied zu der vertraglichen Ausgestaltung des Jahres 1992 ("die Arbeitszeit beträgt 40 Stunden") belege, daß dem Beigeladenen zu 3) nicht wie üblicherweise einem Arbeitgeber das Recht eingeräumt war, von der Klägerin eine wöchentliche Arbeitszeit von 40 Stunden zu verlangen. Es habe somit kein Anwesenheitszwang dergestalt bestanden, daß die Klägerin wie eine Arbeitnehmerin bei Abwesenheit mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen (Abmahnung/Kündigung) habe rechnen müssen. Daß diese auch tatsächlich nicht regelmäßig 40 Stunden/Woche habe tätig sein müssen, belegten die Zeugenaussagen. Der Geschäftsleiter des Beigeladenen zu 3), der Zeuge R., habe anlässlich seiner Vernehmung am 23. April 1999 (gemeint wohl: 23. April 1996) erklärt, daß die Klägerin als Rechtsanwältin möglichst zu den Besuchszeiten habe anwesend sein sollen. Grundsätzlich habe keine Anwesenheitspflicht bestanden. Zwar sei die Klägerin im wesentlichen bei Nachfragen für die Mitarbeiter auch immer im Amt erreichbar gewesen. Allen Zeugenaussagen sei jedoch gemein, daß die Rechtsanwältin im Amt hinsichtlich der Gestaltung ihrer Tätigkeit wesentlich mehr Freiheit genossen hätten als die Angestellten. Soweit die Klägerin auf die von ihr geführten Arbeitszeitkarten verweise, sei nicht zwingend der Schluß zu ziehen, es handele sich um Nachweise einer festgelegten geleisteten Stundenzahl. Nach ihren Angaben habe sie die Arbeitszeitkarten selbst ausgefüllt. Eine inhaltliche Kontrolle sei nicht erfolgt. Dies habe der Zeuge R. bestätigt. Ein Unterschreiten der Wochenstundenzahl (von 40 Stunden) bzw der monatlichen Stundenzahl (von 160 Stunden) habe auch keine arbeitsrechtlichen Konsequenzen gehabt. Selbst eine Abwesenheit von einem oder mehreren Tagen sei durch den Beigeladenen zu 3) nicht sanktioniert worden. Einzige Konsequenz der Nichterbringung von 40 Stunden/Woche sei der Übertrag von Fehlzeiten auf die kommenden Monate mit einer abschlägigen Verrechnung im Monat Dezember eines Kalenderjahres gewesen. Die Erfassung der Arbeitszeit auf den Arbeitszeitkarten habe dem Nachweis gedient, daß eine Honorartätigkeit mit mindestens 160 Dienststunden monatlich vorgelegen habe. Das Honorar sei zum überwiegenden Teil vom Bundesverwaltungsamt erstattet worden. Anspruch darauf habe nur bestanden, wenn der Rechtsanwalt seine Aufgaben vollständig erfüllt habe, also insbesondere keine Fehlzeiten vorgelegen hätten. Die Klägerin sei im streitigen Zeitraum nicht durchgängig fünf Tage/Woche während der Kernzeit im Amt anwesend gewesen. Fehlzeiten seien zulässig gewesen, sofern die Gesamtstundenzahl (160 Stunden im jährlichen Monatsdurchschnitt) erreicht worden sei. Die erforderlichen "Absprachen" mit dem Geschäftsleiter R. hätten jedoch keine für ein Beschäftigungsverhältnis typische arbeitgeberseitige Genehmigung einer Abwesenheit vom Arbeitsplatz dargestellt. Aus der Aussage des Zeugen ergebe sich, daß dieser kein Mitspracherecht, geschweige denn ein Ablehnungsrecht bei der Wahl und Lage der beabsichtigten Fehltag gehabt habe. Nach der Aussage sei davon auszugehen, daß die Klägerin den jeweiligen Fehltag selbst bestimmte, ohne daß der Beigeladene zu 3) dem habe widersprechen können.

Die Feststellungen, die das LSG im Rahmen dieser Ausführungen zur Arbeitszeitgestaltung getroffen und seiner Würdigung zugrunde gelegt hat, sind unvollständig und teilweise widersprüchlich. Sie können daher vom Senat der Entscheidung nicht zugrundegelegt werden (vgl [BSG SozR 2200 § 1246 Nr 139 S 449](#)):

Soweit das LSG dem Honorarvertrag entnommen hat, die Dauer der Arbeitszeit sei nicht eindeutig festgelegt gewesen, die Klägerin habe ihre Arbeitszeit frei gestalten können, ohne bei Abwesenheit mit arbeitsrechtlichen Konsequenzen wie Abmahnung und Kündigung rechnen zu müssen, hat das LSG nicht berücksichtigt, daß das Vertragsverhältnis nach § 6 Abs 3 der Verträge vom 9. Juni 1993 und 10. Dezember 1993 vom Beigeladenen zu 3) jederzeit mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende hätte gekündigt werden können. Das LSG hat zudem zwar den Wortlaut des § 2 der Verträge wiedergegeben, jedoch in seine Würdigung nicht einbezogen, daß darin eine Anwesenheit im Amt des Beigeladenen zumindest während der normalen Dienststunden vereinbart war. Einzelheiten wie auch eine erholungsbedingte Abwesenheit bedurften nach den Verträgen der Abstimmung mit dem Beigeladenen zu 3) (§ 2 Satz 2, § 7). Dieser Vertragsinhalt spricht entgegen der Auffassung des LSG für eine vereinbarte Mindestdauer der Arbeitszeit, eine Anwesenheitspflicht im Amt zu bestimmten Zeiten und eine Pflicht zur Abstimmung der Fehlzeiten mit dem Geschäftsleiter des Amtes.

Wenn das LSG zu den tatsächlichen Verhältnissen festgestellt hat, die Klägerin sei hinsichtlich der Gestaltung ihrer Arbeit wesentlich freier als die Angestellten und nicht durchgängig fünf Tage/Woche während der Kernarbeitszeit im Amt anwesend gewesen, der Beigeladene zu 3) habe kein Mitspracherecht, geschweige denn ein Ablehnungsrecht bei Wahl und Lage der Fehltag gehabt, widerspricht das den weiteren Ausführungen, die Klägerin habe möglichst während der Besuchszeiten anwesend sein sollen und sei im wesentlichen bei Nachfragen für die Mitarbeiter auch immer im Amt erreichbar gewesen. Die letztgenannten Feststellungen würden für eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Amtes sprechen. Gleiches gilt, wenn die Klägerin an Dienstbesprechungen teilgenommen hat. Dies hätte das LSG daher nicht, wie geschehen (vgl S 25 des Urteils), offenlassen dürfen. Es hätten auch Feststellungen dazu nahegelegen, ob Abwesenheiten - unabhängig von der rechtlichen Verpflichtung - tatsächlich mit dem Geschäftsleiter abgesprochen worden sind. Da das LSG außerdem davon ausgeht, daß nur Fehlzeiten zulässig waren, sofern die Gesamtstundenzahl von 160 Stunden im jährlichen Monatsdurchschnitt erreicht wurde (vgl S 18 des Urteils), und Abwesenheiten (auch wegen Krankheit und Urlaub, vgl S 21 des Urteils) nachzuarbeiten waren, hätte geklärt und in die Würdigung einbezogen werden müssen, ob die Klägerin diese Arbeitszeit für den Beigeladenen zu 3) erbracht hat

oder nicht. Für die Gesamtwürdigung macht es einen Unterschied, ob ein Rechtsanwalt mit nur geringen zeitlichen Vorgaben eine Beratertätigkeit wahrnimmt oder ob er durchschnittlich täglich jedenfalls während der Kernarbeitszeit der anderen Mitarbeiter des Amtes, insgesamt 160 Stunden/Monat, dort die ihm zugewiesenen Akten bearbeitet, an Dienstbesprechungen teilnimmt, den Mitarbeitern zur Beratung zur Verfügung steht und nur nach Absprache mit dem Geschäftsleiter dem Dienst fernbleibt.

e) Als für Selbständigkeit sprechende "Verfügbarkeit über die eigene Arbeitskraft" hat das LSG angeführt, daß die Klägerin nicht verpflichtet gewesen sei, dem Beigeladenen zu 3) ihre gesamte Arbeitskraft zur Verfügung zu stellen. Es sei ihr nicht verwehrt gewesen, neben der Tätigkeit beim Beigeladenen zu 3) weiterhin ihre Tätigkeit als Rechtsanwältin wahrzunehmen und eine Anwaltskanzlei in Meißen aufzubauen. Hiervon seien die Vertragsparteien, wie sich aus § 5 des Honorarvertrages ergebe, sogar ausgegangen. Der Fall einer angestellten Rechtsanwältin, die ihre gesamte Arbeitskraft ausschließlich einem anderen zur Verfügung stelle und sich verpflichte, andere Mandate nicht anzunehmen, liege nicht vor.

Hier verkennt das LSG, daß Selbständigkeit eine Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und eine im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit voraussetzt (vgl. [BSGE 45, 199](#), 200 = [SozR 2200 § 1227 Nr 8 S 16](#)). Davon könnte bei der Beratertätigkeit der Klägerin nur gesprochen werden, wenn sie ihre Arbeitsleistung so frei gestalten konnte, daß daneben eine Tätigkeit als freiberufliche Rechtsanwältin (Wahrnehmung von Gerichtsterminen, Besprechungstermine mit Mandanten, Betreuung der Kanzlei) möglich war. Dieser Schluß läßt sich aus den bisherigen Feststellungen des LSG nicht ziehen. Die festgestellte Arbeitsverpflichtung von 160 Stunden im jährlichen Monatsdurchschnitt und die Anwesenheit im Amt während der Kernarbeitszeit sprechen dagegen.

f) Das LSG ist ferner von einem - wenngleich geringen - Unternehmerrisiko der Klägerin ausgegangen. Sie sei nach Ablauf der Befristung ohne Anspruch auf Kündigungsschutz und auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung aus der Tätigkeit ausgeschieden, habe keine finanzielle Absicherung bei krankheits- und urlaubsbedingten Fehlzeiten gehabt und sei verpflichtet gewesen, eine Vermögensschadenshaftpflichtversicherung in Höhe von 1 Million DM (§ 8 der Verträge) abzuschließen. Schließlich sei ihr ein pauschales monatliches Honorar zuzüglich einer pauschalen Aufwandsentschädigung, jeweils einschließlich der Umsatzsteuer gezahlt worden, das sie zu versteuern gehabt habe, wie dies bei selbständigen Tätigkeiten üblich sei.

Diese Ausführungen rechtfertigen nicht die Annahme eines Unternehmerrisikos. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG ist maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiß ist (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 36 mwN](#)). Aus den Feststellungen des LSG ergibt sich nicht, daß der Erfolg des Einsatzes der Arbeitskraft für die Klägerin ungewiß war. Denn sie schuldeten nur den Einsatz ihrer Arbeitskraft. Abzüge für eine etwaige Schlechtleistung hatte sie nicht hinzunehmen. Es ist auch nicht erkennbar, daß Honorarkürzungen eingetreten sind, weil ihre Arbeitskraft nicht benötigt wurde, zB kein Beratungsbedarf beim Beigeladenen zu 3) bestand, oder weil aufgrund besonderer Umstände - zB eines Stromausfalls in dessen Diensträumen - die Arbeit nicht erbracht werden konnte. - Die Überbürdung des Risikos, bei krankheits- oder urlaubsbedingten Ausfällen kein Honorar zu erhalten, wie es hier vereinbart worden ist, spricht nach der Rechtsprechung des BSG nur dann für Selbständigkeit, wenn dem auch eine größere Unabhängigkeit oder höhere Verdienstchance gegenübersteht. Allein die Belastung eines Erwerbstätigen, der im übrigen nach der tatsächlichen Gestaltung des gegenseitigen Verhältnisses als abhängig Beschäftigter anzusehen ist, mit zusätzlichen Risiken rechtfertigt nicht die Annahme von Selbständigkeit (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 36 mwN](#)). Den Feststellungen des LSG ist nicht zu entnehmen, daß der Klägerin höhere Verdienstchancen offenstanden. Es war ein Pauschalentgelt vereinbart. Die Höhe des Verdienstes hing nicht vom Arbeitseinsatz ab; denn Fehlzeiten waren nachzuarbeiten und eine Möglichkeit, durch Mehrarbeit über die 160 Stunden/Monat hinaus einen höheren Verdienst zu erzielen, bestand nicht. Sollten die sonstigen Umstände überwiegend für eine abhängige Beschäftigung sprechen, vermögen daher der Ausschluß der Vergütung bei Krankheit und Urlaub die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung nicht zu ändern. - Die Verpflichtung zum Abschluß einer Vermögenshaftpflichtversicherung ist kein speziell für eine selbständige Tätigkeit sprechendes Merkmal. Sie beeinflusst weder die Eingliederung in den Betrieb noch die Risikoverteilung zwischen den Vertragsparteien. Eine Haftung für schuldhaftes Verhalten trifft - in der Regel eingeschränkt - auch Arbeitnehmer (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 36 mwN](#)); aus diesem Grunde werden Haftpflichtversicherungen auch von abhängig Beschäftigten abgeschlossen (vgl. LAG Berlin, [NZA 1987, 488](#), 489 aE). - Soweit das LSG ein Unternehmerrisiko aus dem fehlenden Anspruch auf Leistungen der Arbeitslosenversicherung ableitet, ist dies ein Zirkelschluß. Sollte die Klägerin abhängig beschäftigt gewesen sein, war sie gegen den Fall der Arbeitslosigkeit versichert. - Die Befristung der Honorarverträge vermag ein Unternehmerrisiko während der Arbeit für den Beigeladenen zu 3) nicht zu begründen (vgl. BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 37](#)). - Schließlich bringt die vom LSG in diesem Zusammenhang gewürdigte Vereinbarung über die Versteuerung des Honorars durch die Klägerin nur die Vorstellung der Vertragsparteien zum Ausdruck, eine selbständige Tätigkeit zu begründen (vgl. BSG, Urteil vom 14. Mai 1981 - [12 RK 11/80 - BB 1981, 1581](#), 1582). Sie könnte allenfalls Bedeutung erlangen, wenn die tatsächliche Ausgestaltung der Beziehungen der Klägerin zu dem Beigeladenen zu 3) gleichermaßen für Selbständigkeit und eine abhängige Beschäftigung spricht (vgl. BSG [SozR 2200 § 1227 Nr 17](#)). Davon kann jedoch nach den bisherigen Feststellungen des LSG keine Rede sein.

g) Als entscheidend für die Annahme einer selbständigen Tätigkeit hat das LSG angesehen, daß die Klägerin bei der Bearbeitung der Akten im wesentlichen fachlich weisungsfrei war. Hierbei ist jedoch zu beachten, daß die Qualifikation der Klägerin als Volljuristin Weisungen zum Inhalt der Entscheidungsentwürfe, Beratungen, Gutachten, Schulungen und bei der Herbeiführung gütlicher Einigungen ausschloß. Daher hat das LSG das Fehlen fachlicher Weisungen auch nur damit begründet, es seien keine Vorgaben iS von Arbeitsanweisungen bei der Behandlung der zugeteilten Fälle zu beachten gewesen, wie sonst bei Angestellten im öffentlichen Dienst üblich. Sollte das LSG damit Anweisungen zum Arbeitsablauf gemeint haben, hätte es hier seine Feststellungen würdigen müssen, daß die Klägerin bestimmten Sachbearbeitern als Berater zugeteilt war, ihr die Akten zugewiesen wurden und sie diese in bestimmter Reihenfolge sowie im Amt zu bearbeiten hatte. Das Fehlen von Vorgaben zur Abfassung der Bescheidentwürfe spräche nur gegen eine Einbindung in die Arbeitsorganisation des Amtes, wenn ihre Kenntnis und Beachtung nicht zum selbstverständlichen Handwerkszeug einer Volljuristin gehörte. Im Gegensatz zur Auffassung des LSG ist es für die Frage der fachlichen Weisungsgebundenheit unerheblich, ob der Beigeladene zu 3) den "Empfehlungen" der Klägerin gefolgt ist oder nicht.

h) Schließlich meint das LSG, es fehle die soziale und rechtliche Schutzbedürftigkeit, die es erfordere, die Klägerin in die Pflichtversicherung aufzunehmen. Dabei wird verkannt, daß die Annahme einer Beschäftigung nicht von der individuellen Schutzbedürftigkeit der betreffenden Person abhängt (vgl. [BSGE 40, 208](#), 209 = [SozR 2200 § 169 Nr 1 S 2](#); BSG [SozR 2200 § 1227 Nr 19 S 43](#)). Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts haben für die Beschäftigung insofern Bedeutung, als sie es

ausschließen, über die rechtliche Einordnung allein nach dem Willen der Vertragsparteien und ihren Vereinbarungen zu entscheiden (vgl [BSGE 51, 164](#), 167/168 = SozR 2400 § 2 Nr 16). Als Merkmal der Beschäftigung ist das Ziel der Sozialversicherung, die sozial Schwächeren vor den Wechselfällen des Lebens zu schützen, nicht geeignet. Das gilt auch für die wirtschaftliche Abhängigkeit, die das LSG als maßgeblich für eine soziale Schutzbedürftigkeit angesehen hat (vgl [BSGE 36, 262](#), 263; BSG [SozR 2200 § 1227 Nr 19](#) S 41). Ebenso wenig kann eine Beschäftigung iS des Sozialversicherungsrechts mit dem Hinweis auf eine fehlende rechtliche Schutzbedürftigkeit und damit verneint werden, daß die Berufung auf die Versicherungspflicht der Beschäftigung im Verhältnis der Vertragsparteien zueinander treuwidrig ist. Auch dies würde dem Charakter einer öffentlich-rechtlichen Pflichtversicherung widersprechen.

i) Der Rechtsstreit ist an das LSG zurückzuverweisen, weil weitere Feststellungen zu den Umständen der Arbeit der Klägerin für den Beigeladenen zu 3) (zB zur Dauer der wöchentlichen, monatlichen Arbeitszeit, Arbeitszeitgestaltung mit oder ohne Absprache mit dem Geschäftsleiter, Einbindung in den Arbeitsablauf des Amtes einschließlich der Dienstbesprechungen) zu treffen sind ([§ 170 Abs 2 Satz 2](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG)). Hierbei wird das LSG auch die Aufzeichnungen in den Arbeitszeitkarten und alle Zeugenaussagen zu berücksichtigen haben, sofern die Beweiswürdigung keine Bedenken gegen die Glaubhaftigkeit ergibt. Die abschließende Gesamtwürdigung erfordert eine Abwägung aller für eine abhängige Beschäftigung und eine selbständige Tätigkeit sprechenden Umstände. Sollte sich dabei ergeben, daß die Klägerin im wesentlichen täglich in der Kernarbeitszeit und durchschnittlich 160 Stunden/Monat im Amt die ihr zugewiesenen Aufgaben erledigt und den Mitarbeitern als Beraterin zur Verfügung gestanden hat, sprechen diese Umstände und die pauschale monatliche Vergütung deutlich für eine Beschäftigung. Die Verhältnisse unterschieden sich dann auch wesentlich von dem Sachverhalt, den das Bundesarbeitsgericht seinem Urteil vom 3. Juni 1998 ([5 AZR 656/97](#), AP Nr 97 zu § 611 BGB Abhängigkeit) zugrunde gelegt hat. Die Vermutungsregelung des [§ 7 Abs 4 SGB IV](#) (idF des Gesetzes vom 20. Dezember 1999, [BGBl 2000 I 2](#)) für eine Beschäftigung bei Vorliegen von mindestens drei der dort genannten Merkmale galt zwar in den Jahren 1993/94 noch nicht. Sofern jedoch angenommen wird, in den Merkmalen hätten lediglich wesentliche Abgrenzungskriterien der früheren Rechtsprechung ihren Niederschlag gefunden, könnten hier alle fünf Merkmale für eine Beschäftigung sprechen.

j) Das LSG wird auch über die Klage gegen den Landkreis auf Zahlung eines Beitragszuschusses nach [§ 257 Abs 1 SGB V](#) neu zu entscheiden haben. Denn der Anspruch besteht nur, wenn die Klägerin bei dem Beigeladenen zu 3) beschäftigt war und lediglich wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze keine Versicherungspflicht in der Krankenversicherung bestand. Das LSG wird bei seiner Entscheidung insoweit zu beachten haben, daß eine Verurteilung des Landkreises als Beigeladener unzulässig ist. Nach [§ 75 Abs 5 SGG](#) können nur ein Versicherungsträger oder in Angelegenheiten der Kriegsofopferversorgung ein Land nach Beiladung verurteilt werden. Die Voraussetzungen liegen hier nicht vor. Der Sache nach hat die Klägerin eine Leistungsklage nach [§ 54 Abs 5 SGG](#) gegen den Landkreis als Beklagten erhoben, die grundsätzlich zulässig ist. Es handelte sich um eine Klageänderung, die das SG als sachdienlich angesehen hat ([§ 99 Abs 1 und 4 SGG](#)). Die Klageänderung hat zu einer objektiven und subjektiven Klagenhäufung geführt. Liegen die Voraussetzungen des [§ 56 SGG](#) und des [§ 74 SGG](#) iVm [§ 59](#) der Zivilprozeßordnung nicht vor, sind die Verfahren nach [§ 113 Abs 2 SGG](#) zu trennen.

2. Im übrigen war die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Das LSG hat das Urteil des SG zur Feststellung eines versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnisses und zur Verurteilung des Beigeladenen zu 3) zur Entrichtung der Beiträge zur Rentenversicherung im Ergebnis zu Recht aufgehoben. Die Klagen sind insofern bereits unzulässig.

Für die Feststellungsklage bestand kein Rechtsschutzbedürfnis. Werden der Abhilfebescheid vom 7. November 1994 und die ihn bestätigenden Bescheide vom 6. Februar und 4. August 1995 aufgehoben, hat der Bescheid vom 29. Juli 1994 Bestand. Dann ist zwischen den Beteiligten des vorliegenden Rechtsstreits iS des [§ 77 SGG](#) bindend festgestellt, daß die Klägerin auch in der Zeit von Januar 1993 bis März 1994 bei dem Beigeladenen zu 3) beschäftigt und versicherungspflichtig sowie beitragspflichtig in der Renten- und Arbeitslosenversicherung war.

Für die Klage gegen den Beigeladenen zu 3) auf Abführung von Beiträgen zur Rentenversicherung fehlt ebenfalls das Rechtsschutzinteresse (vgl BSG SozR 3-2400 § 28h Nrn 5, 6).

3. Die Kostenentscheidung bleibt der abschließenden Entscheidung des LSG vorbehalten.

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2003-08-17