

Bundessozialgericht
- 12/3 RK 4/75 -

I m N a m e n d e s V o l k e s

U r t e i l
in dem Rechtsstreit

.....
Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:.....

g e g e n

.....
Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigetragen:

1.....

Prozeßbevollmächtigte:.....

2.

3.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne
mündliche Verhandlung am 16. Dezember 1976 durch den
Vorsitzenden Richter Dr. H e u ß n e r , die Richter
Dr. F r i e d e r i c h s und O e s t r e i c h e r
sowie die ehrenamtlichen Richter M e y e r und
H a u s e n für Recht erkannt:

- 2 -

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.



- 2 -

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Bayerischen Landessozialgerichts vom 24. Oktober 1974 aufgehoben. Die Berufungen der Beklagten und des Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts München vom 13. Februar 1973 werden zurückgewiesen.

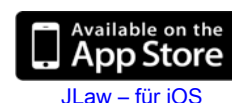
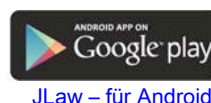
Die Beklagte und die Beigeladenen zu 2) und 3) haben der Klägerin auch deren außergerichtliche Kosten des Berufungs- und Revisionsverfahrens als Gesamtschuldner zu erstatten. Dem Beigeladenen zu 1) sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 3 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 3 -

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob der Beigeladene zu 1), Siegfried F (R.), während seiner Tätigkeit als Tennislehrer auf einer Allwetteranlage der Klägerin in der Zeit vom 15. April 1967 bis 30. April 1971 in der Renten- und Arbeitslosenversicherung versicherungs- und beitragspflichtig war.

R., der staatlich geprüfter Tennislehrer ist, war vom 15. April 1967 bis 30. April 1971 auf der Sport-Scheck-Allwetteranlage Nord der Klägerin in München - diese betrieb in München mehrere Tennisanlagen - als Tennislehrer auf Grund eines schriftlichen Vertrags vom 4. April 1967 tätig. Der Vertrag ist von R. und von dem Zeugen Ludwig L (L.) als Leiter des Sport-Scheck-Tennis-Unternehmens unterschrieben. Hierbei wurde ein bei der Klägerin vorhandener Vertragsvordruck in Maschinenschrift "Ausbildungsvertrag für Tennislehreranwärter" verwendet und an mehreren Stellen handschriftlich abgeändert. Die Vertragsbezeichnung in der Überschrift des Vordrucks "Ausbildungsvertrag für Tennislehreranwärter" ist durchgestrichen. Darüber steht handgeschrieben: "Arbeitsvertrag". R. will von dem Vertrag zunächst kein Exemplar erhalten haben, sondern erst später aus Anlaß eines Sicherheitsnachweises gegenüber einer Bank für ein Anschaffungsdarlehen. Der Text soll dem Zeugen L. lediglich als Gedächtnisstütze gedient haben. Der Text des Vertrages lautet mit allen Änderungen:

- "1. Herr R wird mit Wirkung vom 15. April 1967 eingestellt. Alle Lasten brutto trägt Arbeitnehmer.
2. Als Entgelt werden vereinbart:
DM 10,-- brutto (i.W.: zehn), 1968 DM 12,--,
7.8.1968 nur Sommer (i.W.: zwölf) pro erteilter Unterrichtsstunde.

- 4 -



- 4 -

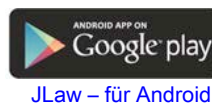
Das Entgelt wird monatlich abgerechnet, und zwar jeweils für die Zeit vom 1. bis zum letzten eines Monats. Auszahlung erfolgt nicht vor dem 3., jedoch spätestens bis zum 5. des folgenden Monats.

3. Für die Dauer des Arbeitsverhältnisses wird dem Tennislehrer beim Einkauf von Waren für seinen persönlichen Bedarf ein Rabatt von 25% gewährt.
4. Der Tennislehrer verpflichtet sich, den Anordnungen seiner Vorgesetzten jederzeit unbedingt Folge zu leisten sowie fleißig und pünktlich zu sein. Arbeiten auf eigene Rechnung, wie Tennisunterricht erteilen, Neubesaiten von Tennisschlägern, An- und Verkauf von Sportartikeln u.a.m., Tennisspielen mit Kunden oder Freunden auf unseren Tennisanlagen ist für die Dauer des Arbeitsverhältnisses nicht gestattet.
5. Der Tennislehrer ist verpflichtet:
 - a) Die Unterrichtsstunden pünktlich zu beginnen und zu beenden.
 - b) Den Unterricht anständig und richtig (Lehrmethode VDT) und unter Einhaltung der vom Leiter der Sport-Scheck-Tennisanlagen ergangenen Richtlinien und Weisungen zu erteilen.
 - c) Alle Kunden ohne Ansehen der Person stets zuvorkommend, höflich, gleichmäßig gut und aufmerksam zu betreuen und zu beraten.
 - d) Stets sauber und weiß (auch Pulli) gekleidet zu sein.
 - e)
 - f)
 - g) Jede Gelegenheit wahrzunehmen, seine fachliche Ausbildung voranzutreiben, gewissenhaftes Studium des theoretischen Stoffes und stetes Verbessern seines persönlichen Könnens.

- 5 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



h) Gute Kameradschaft zu halten und stets die Interessen des Lehrherrn zu vertreten.

6.

7.

8. Der Tennislehreranwärter verpflichtet sich, an den nachstehend aufgeführten Tagen und Stunden zur Verfügung zu stehen: (handschriftlich eingetragen: " 6 Tage der Woche").

Kündigung bis 31.12. jedes Jahres, sonst ein weiteres Jahr vom 16.4. bis 15.4."

R. legte der Klägerin für die von ihm erteilten Unterrichtsstunden monatlich Rechnungen vor. Er erhielt von der Klägerin für seine Tätigkeit als Tennislehrer im Jahre 1967 15.634,50 DM, 1968 23.728,-- DM, 1969 21.726,-- DM und 1970 21.868,-- DM. R. besaß den Gewerbeschein für den Handel in Tennisartikeln. Er wurde zur Einkommensteuer veranlagt und zahlte Einkommensteuer. Die Klägerin führte für R. keine Sozialversicherungsbeiträge ab.

Mit Bescheid vom 15. Januar 1971 stellte die Beklagte fest, R. sei als Tennislehrer der Klägerin versicherungs- und beitragspflichtig in der Angestellten- und Arbeitslosenversicherung. Die Pflichtbeiträge seien, soweit nicht verjährt, durch die Klägerin als Arbeitgeberin und Beitragsschuldnerin nachzuentrichten. Die Beklagte bezeichnete die Beiträge der Höhe nach nicht. Der Widerspruch der Klägerin blieb erfolglos (Widerspruchsbescheid vom 2. Juli 1971). Das Sozialgericht (SG) München hob den Bescheid der Beklagten in der Gestalt des Widerspruchsbescheids auf. Es verneinte auf Grund des Gesamtbildes der Tätigkeit des R. trotz einiger gegenteiliger Merkmale ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis und damit die streitige Versicherungs- und Beitragspflicht (Urteil vom 13. Februar 1973). Auf die Berufungen der Beklagten und des Beigeladenen zu 1) hat das Bayerische Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG auf-



- 6 -

gehoben und die Klage abgewiesen. Es hat die Revision zugelassen (Urteil vom 24. Oktober 1974).

Gegen dieses Urteil hat die Klägerin Revision eingelegt. Sie rügt eine Verletzung der §§ 2, 3 des Angestelltenversicherungsgesetzes (AVG), des § 56 des Gesetzes über Arbeitsvermittlung und Arbeitslosenversicherung (AVAVG) und des § 168 des Arbeitsförderungsgesetzes (AFG).

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des Bayerischen LSG vom 24. Oktober 1974 aufzuheben und die Berufungen der Beklagten und des Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des SG München vom 13. Februar 1973 zurückzuweisen.

Die Beklagte und die Beigeladenen zu 1) bis 3) beantragen, die Revision der Klägerin zurückzuweisen.

Die Beteiligten sind damit einverstanden, daß der Senat ohne mündliche Verhandlung durch Urteil gemäß § 124 Abs. 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) entscheidet.

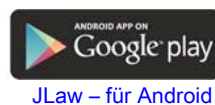
II

Die Revision der Klägerin ist begründet. Das Urteil des LSG ist aufzuheben. Die Berufungen der Beklagten und des Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des SG sind zurückzuweisen.

Entgegen der Auffassung des Berufungsgerichts war R., als er vom 15. April 1967 bis 30. April 1971 als Tennislehrer bei der Klägerin tätig war, in der Angestellten- und Arbeitslosenversicherung nicht versicherungs- und beitragspflichtig (§§ 2 Abs. 1 Nr. 1, 3 Abs. 1 Nr. 1 und 2 AVG, § 56 Abs. 1 Nr. 2 AVAVG und § 168 Abs. 1 Satz 1 AFG). Die Klägerin hat daher keine rückständigen Beiträge zur Angestellten- und Arbeitslosenversicherung an die Beklagte



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)



- 7 -

als Einzugsstelle nach §§ 121 AVG und 176 AFG zu entrichten. R. war nämlich nicht abhängig bei der Klägerin gegen Entgelt beschäftigt, wie dies die Versicherungs- und Beitragspflicht voraussetzt. An sich zutreffend ist das LSG von der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) über die Merkmale eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgegangen. Danach setzt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis voraus, daß der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist (BSGE 20, 6, 8 = SozR Nr. 41 zu § 165 RVO; 35, 20, 21 = SozR Nr. 34 zu § 539 RVO; 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1; SozR Nrn. 62, 68, 71, 72 zu § 165 RVO). Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer und Ort der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (BSGE 13, 196, 197, 201 f = SozR Nr. 5 zu § 1 AVG aF; BSGE 35, 20, 21 = SozR Nr. 34 zu § 539 RVO; SozR Nr. 68 zu § 165 RVO). Allerdings kann dies - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerechten dienenden Teilhabe am Arbeitsprozeß" verfeinert sein (BSGE 16, 289, 294 = SozR Nr. 30 zu § 165 RVO; SozR Nr. 68 aaO). Andererseits kennzeichnen eine selbständige Tätigkeit das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit (BSGE 13, 196, 201 = SozR Nr. 5 zu § 1 AVG aF; 16, 289, 293 = SozR Nr. 30 zu § 165 RVO; 35, 20, 21 = SozR Nr. 34 zu § 539 RVO; 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1; SozR Nr. 68 zu § 165 RVO). Ob eine Tätigkeit abhängig oder selbstständig verrichtet wird, entscheidet sich letztlich danach, welche Merkmale überwiegen. Alle Umstände des Falles sind zu berücksichtigen. Eine vertragliche Ausgestaltung des Verhältnisses ist zwar zu beachten; weicht diese jedoch von den tatsächlichen Verhältnissen ab, haben diese ausschlaggebende Bedeutung (BSGE 35, 20, 21 = SozR Nr. 34 zu § 539 RVO; 38, 53, 57 = SozR 4600 § 56 Nr. 1; Urteil des erkennenden Senats vom 31. August 1976 - 12/3/12 RK 20/74 - mit

Hinweis: Auch Teile der Urteilsammlung sind als Datenbank nach §§ 87a ff. UrhG geschützt.

- 8 -



JLaw – Gesetze und Urteile
Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile
[\(mobile App\)](#)

[JLaw – für Android](#)[JLaw – für iOS](#)

weiteren Nachweisen, zur Veröffentlichung bestimmt).

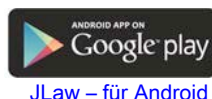
Das letztere hat das LSG nicht hinreichend beachtet, wie die Klägerin mit Recht rügt. Das Berufungsgericht hat nämlich den schriftlichen Vereinbarungen der Klägerin mit R. im Vertrag vom 4. April 1967 mehr Bedeutung beigemessen als den von ihm festgestellten tatsächlichen Verhältnissen. Das LSG stützt sich darauf, daß der Vertrag als "Arbeitsvertrag" bezeichnet ist, in Nr. 3 des Vertrages von einem "Arbeitsverhältnis" die Rede ist, R. nach Nr. 4 des Vertrags verpflichtet war, "den Anordnungen seiner Vorgesetzten unbedingt Folge zu leisten sowie fleißig und pünktlich zu sein" sowie darauf, daß ihm für die Dauer des Arbeitsverhältnisses keine Arbeiten auf eigene Rechnung gestattet waren. Diese und die aus den Nrn. 5 und 8 des Vertrags sich ergebenden Verpflichtungen hat das LSG als mit einer selbständigen Tätigkeit unvereinbar angesehen. Wenn auch die Arbeitszeit geschwankt habe, sei R. doch fast regelmäßig an allen Wochentagen mit Ausnahme der Samstage sowie der Sonn- und Feiertage monatlich mit durchschnittlich rund 200 Unterrichtsstunden als Tennislehrer tätig gewesen. Schon daraus hat das LSG den Schluß gezogen, daß R. seinen vertraglichen Verpflichtungen nachgekommen sei. Zudem hat das LSG dem Vorhandensein einer Anwesenheitsliste entnommen, daß R. nicht selbständig als freier Mitarbeiter tätig geworden sei, wenn man auch in der Zeiteinteilung seinen Wünschen weitgehend gefolgt sei und R. so als damals einzigen geprüften Tennislehrer bevorzugt behandelt habe.

Wenn das LSG schon den schriftlichen Vertrag vom 4. April 1967 berücksichtigt hat, durfte es keineswegs den handschriftlichen Zusatz "Alle Lasten brutto trägt Arbeitnehmer" übersehen. Diese für einen Arbeitsvertrag nicht nur ungewöhnliche, sondern einem solchen sogar widerstreitende Formulierung drängt unmittelbar die Betrachtung auf, daß die Klägerin nach dem Wortlaut dieses Vertragsteils von allen üblicherweise mit einem Arbeitsvertrag für den Arbeitgeber verbundenen wirtschaftlichen Verpflichtungen uneingeschränkt



freigestellt sein sollte. Das läßt nicht zuletzt das Wort "brutto" erkennen. Der Sache nach können mit "alle Lasten brutto" nur Steuern und Sozialabgaben sowie Beiträge zu privaten Versicherungsträgern gemeint sein. R. sollte es allein obliegen, diese Lasten zu tragen, also insoweit Steuererklärungen abzugeben, Sozialabgaben und Beiträge zu privaten Versicherungen selbst zu bezahlen. Damit deckt sich auch, daß R. bei seiner Anhörung vor dem SG eingeräumt hat, er habe damals frei sein wollen, weil er seine Lebensversicherung habe ausbauen wollen und auch privat krankenversichert gewesen sei. R. hatte damals sogar - seinen eigenen Erklärungen zufolge - bei der Bundesversicherungsanstalt für Angestellte beantragt, von der Versicherung befreit zu werden. R. hat, wie er ebenfalls bei seiner Anhörung angegeben hat, bei der Einstellung ausdrücklich erklärt, er besitze eine Lebensversicherung und zahle Einkommensteuer. R. wollte ersichtlich seine Beziehungen zur Klägerin so gestaltet wissen wie in früherer Zeit zu anderen Eigentümern von Tennisplätzen. Immerhin war seine Tätigkeit als Tennislehrer bereits einmal Gegenstand eines Rechtsstreits gewesen. Dabei hatte das LSG Niedersachsen in seinem Urteil vom 9. März 1976 - L 4 Kr 40/62 - eine selbständige Tätigkeit des R. als Tennislehrer festgestellt und daher eine Versicherungspflicht als abhängig Beschäftigter verneint.

Für eine selbständige Tätigkeit des R. spricht ferner: R. bestimmte seine Unterrichtsstunden, also sein Unterrichtspensum insgesamt, selbst. Während andere Tennislehrer auf derselben Tennisanlage der Klägerin von 7.00 bis 20.00 Uhr spielen mußten, spielte R. nur bis 17.00 Uhr. Er gab der Platzsekretärin, der Zeugin E (B.), an, wann er spielen wollte. Das wurde dann hingenommen. Ebenso hingenommen wurde, wann und wie lange R. Urlaub machte, und zwar auch im Sommer, wenn die übrigen Tennislehrer Urlaubssperre hatten. All dies hat die Zeugin B. bekundet, die als Leiterin der Allwetteranlage Nord der Klägerin seit 1969 den besten Einblick in die Tätigkeit des R. hatte. Wer auf



solche Weise weitgehend seine Arbeit sowie seinen Urlaub selbst einteilen kann, ist selbständig tätig. Das läßt sich entgegen der Auffassung des LSG nicht durch den Hinweis auf den monatlichen Durchschnitt von rund 200 Unterrichtsstunden und die Führung von Anwesenheitslisten entkräften. R. mußte daran liegen, eine angemessene Unterrichtsstundenzahl zu erreichen, um die Nachteile der mit der Klägerin getroffenen Vereinbarung – keine Vergütung während des Urlaubs und keine Zahlungen der Klägerin im Krankheitsfall – wettzumachen. Es sind zwar Anwesenheitslisten geführt worden. Daraus ist aber nicht zwingend zu folgern, daß R. Abhängig beschäftigt gewesen sei. Soweit diese Listen R. betreffen, wurden sie nach seinen Wünschen aufgestellt, wie dies die Zeugin B. bekundet hat. Das LSG hat hier verkannt, daß die Anwesenheitslisten den organisatorischen Ablauf der Benutzung der Allwetteranlage Nord der Klägerin durch mehrere Tennislehrer, darunter auch R., sowie eine geeignete Abrechnungskontrolle gewährleisten sollten. Mehr als ein organisatorisches und rechnerisches Hilfsmittel waren sie jedoch nicht.

Das LSG hat zudem das Unternehmerrisiko des R. zu Unrecht verneint. Das LSG hat ausgeführt, die Vereinbarung über ein Entgelt von 12,-- DM bzw. 10,-- DM je Unterrichtsstunde unterscheide sich nicht von solchen, wie sie auch mit vielen anderen typischen Arbeitnehmern abgeschlossen zu werden pflegten, deren Entgelt nach der Zahl der geleisteten Arbeitsstunden bemessen werde. R. habe keinen Kapitaleinsatz leisten müssen; er habe kein eigenes Unternehmerrisiko getragen. Allerdings habe er vertragsgemäß das Risiko einer schwankenden Vergütung auf sich genommen. Dieses Risiko sei aber nicht anders als dasjenige von Arbeitnehmern mit Stundenlohn zu beurteilen. R. hätte ein Unternehmerrisiko nur dann getragen, wenn er einen Platz gemietet hätte und die Honorare mit den Schülern hätte vereinbaren können, wie dies bei dem Tennislehrer A der Fall gewesen sei. Mit Recht wendet sich die Klägerin gegen ein solches Verständnis des Unternehmerrisikos. Ein Unternehmerrisiko besteht, wenn der Erfolg des eigenen wirtschaftlichen Einsatzes ungewiß ist (BSGE 35, 20, 25 mit Nachweis). Gewiß setzte R. kein eigenes



Finanzkapital ein. Ob auch der Einsatz eigenen Könnens- die Klägerin spricht von "know how" - bei einer Lehrkraft bereits als ein wirtschaftlicher Einsatz zu werten ist, kann hier offenbleiben. Denn jedenfalls kam die Ungewißheit des eigenen wirtschaftlichen Einsatzes dadurch zum Ausdruck, daß R. stets ohne eine Mindestgarantie der Klägerin tätig war und so allein auf den Ertrag seiner Unterrichtsstunden angewiesen war. Zudem mußte er von seinen Unterrichtsgeldern, was bei einem Arbeitnehmer nicht der Fall gewesen wäre, allein seine private Krankenversicherung und eine Lebensversicherung sowie ferner die Einkommensteuer bezahlen. Die bereits erwähnte Vertragsbestimmung: "Alle Lasten brutto trägt Arbeitnehmer" umschreibt also nicht nur auf Grund ihres Wortlauts das Unternehmerrisiko des R. Sie ist vor allem durch die tatsächliche Gestaltung des Verhältnisses der Klägerin zu R. gedeckt.

Die Kostenentscheidung folgt aus §§ 193, 194 SGG.

