

Bundessozialgericht

- 12 RK 35/80 -

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,

Prozeßbevollmächtigter:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1.,

2.,

3.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat ohne mündliche Verhandlung am 24. Juni 1981 durch den Vorsitzenden Richter S p i e l m e y e r , die Richter O e s t r e i c h e r und Dr. S c h u r sowie die ehrenamtliche Richterin S c h m i d t und den ehrenamtlichen Richter Dr. D u f n e r für Recht erkannt:

- 2 -

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



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 2 -

Auf die Revision der Klägerin wird das Urteil des Hessischen Landessozialgerichts vom 22. August 1979 aufgehoben.

Die Berufung der Beigeladenen zu 1) gegen das Urteil des Sozialgerichts Frankfurt am Main vom 22. April 1977 wird zurückgewiesen.

Die Beteiligten haben einander außergerichtliche Kosten des Revisionsverfahrens nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Beigeladene Noelte (N.) aufgrund einer für die Klägerin ausgeübten Tätigkeit als Gastregisseur der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung sowie der Beitragspflicht zur Bundesanstalt für Arbeit (BA) unterlag.

Zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin wurde 1969 ein "Gastregievertrag" geschlossen, wonach der Beigeladene als Regisseur die Oper "Lulu" von Alban Berg für eine von der Klägerin unterhaltene Bühne inszenieren sollte. Die Proben sollten am 15. November 1969 beginnen, die Premiere sollte am 20. Dezember 1969 stattfinden. Die Besetzung sowie der Probenplan wurden vertraglich vereinbart, wobei sich der Beigeladene verpflichtete, im Rahmen der bestehenden Möglichkeiten auch mit etwaigen Doppelbesetzungen zu proben und sich bei unvorhersehbaren Besetzungsschwierigkeiten infolge Erkrankung im Einvernehmen mit der Klägerin um eine adäquate Lösung zu bemühen. Als Vergütung wurde ein Honorar von 20.000,-- DM sowie eine pauschale Abgeltung der Reise- und Aufenthaltskosten von 3.800,-- DM vereinbart. Für den Fall, daß der Beigeladene durch Krankheit oder aus einem anderen in seiner Person liegenden Grunde an der Erfüllung seiner ver-



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



- 3 -

- 3 -

traglichen Verpflichtungen teilweise oder ganz verhindert war, entfiel sein Vergütungsanspruch entsprechend. Sollte er dagegen durch ausschließlich von den Bühnen verschuldete Gründe an der Erbringung seiner Leistung verhindert sein, blieb sein Honoraranspruch unberührt. Im übrigen unterwarfen sich beide Vertragspartner im Falle einer vorsätzlichen oder grobfahrlässigen Vertragsverletzung einer Vertragsstrafe bis zur Höhe des vereinbarten Honorars, wobei ein Anspruch auf Vertragserfüllung oder auf Ersatz eines weiteren Schadens durch die Zahlung der Vertragsstrafe nicht ausgeschlossen sein sollte. Hinsichtlich der Beitragspflicht zur Sozialversicherung und zu anderen Versorgungseinrichtungen wurde vereinbart, daß bei Vorliegen der gesetzlichen bzw satzungsmäßigen Voraussetzungen die Bühnen verpflichtet waren, den Gast zur Sozialversicherung und bei der Bayerischen Versicherungskammer (Versorgungswerk der Deutschen Bühnen) anzumelden und die fälligen Beiträge abzuführen. Mit der getroffenen Vergütungsregelung sollte der Erwerb der Aufführungsrechte für die Bühnen der Klägerin abgegolten sein, wogegen Darbietungen für Hörfunk oder Fernsehen von der Honorarab-sprache nicht umfaßt waren. Die Hausordnung der Klägerin galt auch für den Beigeladenen; für alle Streitigkeiten aus dem Gastspielverhältnis sollte das Bühnenschiedsgericht, hilfsweise das Arbeitsgericht am Sitz der Klägerin, zuständig sein.

Aufgrund dieses Vertrages studierte der Beigeladene zwischen dem 4. November und dem 20. Dezember 1969 mit Solisten, Orchestermitgliedern und Bühnenpersonal der Klägerin das genannte Bühnenwerk ein.

Mit Bescheid vom 27. Dezember 1971 forderte die Beklagte von der Klägerin Beiträge zur Angestelltenversicherung und zur BA für alle bei ihr seit dem 1. Dezember 1968 beschäftigten bzw beschäftigt gewesenen Regisseure und Bühnenbildner, darunter auch für den Beigeladenen. Gegen diesen Bescheid legte die Klägerin fristgerecht Widerspruch ein, den die Beklagte, nachdem sie mit Bescheid vom 25. Juli 1975 die Beitragspflicht für den Beigeladenen gesondert festgesetzt hatte, mit Widerspruchsbescheid vom 30. September 1975 zurückwies.

- 4 -



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

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

- 4 -

Auf die hiergegen erhobene Klage hat das Sozialgericht (SG) Frankfurt am Main mit Urteil vom 22. April 1977 die Bescheide der Beklagten aufgehoben, soweit sie die Versicherungs- und Beitragspflicht des Beigeladenen N. betreffen. Auf die Berufung der beigeladenen Bundesversicherungsanstalt für Angestellte (BfA) hat das Hessische Landessozialgericht (LSG) mit Urteil vom 22. August 1979 seinerseits das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen. Nach Ansicht des LSG ist der Beigeladene N. für die Klägerin im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses tätig gewesen. Dafür spreche, daß er seine Regieleistung nur gemeinsam mit den bei der Klägerin beschäftigten Ensemblemitgliedern, ihrem technischen Personal sowie dem von ihr unterhaltenen technischen Apparat habe erbringen können. Seine Abhängigkeit als Regisseur ergebe sich ferner daraus, daß er seine Arbeit nicht selbst verwerte, sondern sie fremdnützig anderen zur Verwertung überlasse. Auch daß er kein eigenes Betriebskapital einsetze, spreche für seine abhängige Stellung, wogegen von untergeordneter Bedeutung sei, daß ihm bei Krankheit ein Honoraranspruch nicht zustehe.

Mit der vom Senat zugelassenen Revision wendet sich die Klägerin gegen die Ansicht des LSG, der Beigeladene N. sei bei ihr abhängig beschäftigt gewesen. Da er auf eine Tätigkeit bei ihr wirtschaftlich nicht angewiesen sei, fehle es auch an einem sozialen Schutzbedürfnis. Daß er bei seiner Arbeit eine Arbeitsorganisation benötige, könne zwar als ein Anzeichen für Abhängigkeit angesehen werden. Entscheidender sei jedoch, daß er einen in künstlerischer Gestaltungsfreiheit zu schaffenden Erfolg schulde. Es komme hinzu, daß sein Werk urheberrechtlich geschützt sei und er wie ein Unternehmer das Risiko eines neuerlichen Engagements zu tragen habe. Da schließlich seine Einkünfte der Einkommensteuer und nicht der Lohnsteuer unterlägen, sei er auch im Sozialversicherungsrecht als Selbständiger anzusehen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG aufzuheben und die Berufung der beigeladenen BfA gegen das Urteil des SG zurückzuweisen.

- 5 -



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



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)

- 5 -

Die beige ladene BfA beantragt,
die Revision zurückzuweisen.

Sie ist der Ansicht, ein Gastregisseur unterscheide sich von einem fest angestellten Regisseur nur durch die unterschiedliche Bezahlung, die größere Freiheit im Umgang mit den Beschäftigten des Theaters und eine kürzere Beschäftigungsdauer. Demgegenüber sei er von Planung und Finanzlage des Theaters in gleicher Weise abhängig, so daß das Berufungsurteil im Ergebnis zu bestätigen sei.

Die Beklagte, die beige ladene BA und N. selbst haben im Revisionsverfahren keine Ausführungen zur Sache gemacht.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung - § 124 Abs 2 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) - einverstanden erklärt.

II

Die Revision der Klägerin ist zulässig und begründet.

Der Beigeladene N. war während der fraglichen Zeit bei der Klägerin nicht abhängig beschäftigt und unterlag daher nicht der Versicherungspflicht in der Angestelltenversicherung (§ 2 Abs 1 Nr 1 des Angestelltenversicherungsgesetzes) und der Beitragspflicht zur BA (§ 168 Abs 1 des Arbeitsförderungsgesetzes).

Nach der Rechtsprechung des erkennenden Senats ist eine Beschäftigung abhängig (unselbständig), wenn sie in persönlicher Abhängigkeit verrichtet wird. Diese äußert sich regelmäßig in der Eingliederung des Beschäftigten in einen fremden Betrieb, sei es, daß er einem Zeit, Dauer und Ort der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt, sei es, daß er, insbesondere bei Diensten höherer Art, funktionsgerecht dienend am Arbeitsprozeß des Arbeitgebers teilhat. Demgegenüber kennzeichnen eine selbständige Tätigkeit das eigene Unternehmerrisiko, die Verfügungsfreiheit über die eigene Arbeitskraft so-

- 6 -



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



[JLaw - für Android](#)



[JLaw - für iOS](#)

wie die im wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit. Weist im Einzelfall eine Tätigkeit sowohl Merkmale der Abhängigkeit wie der Selbständigkeit auf, so kommt es bei der Beurteilung des Gesamtbildes darauf an, welche Merkmale überwiegen (vgl BSG, Urteile vom 29. Januar 1981 - 12 RK 63/79 -, vom 27. März 1980 - 12 RK 26/79 = Die Beiträge 1980, 371, vom 19. Dezember 1979 - 12 RK 52/78 = SozR 2200 § 166 Nr 5, vom 24. Oktober 1978 - 12 RK 58/76 = SozR 2200 § 1227 Nr 19, vom 1. Dezember 1977 - 12/3/12 RK 39/74 = BSGE 45, 199).

Im vorliegenden Fall hat das LSG eine persönliche Abhängigkeit des Beigeladenen N. gegenüber der Klägerin vor allem deswegen angenommen, weil N. - ungeachtet seiner künstlerischen Freiheit als Regisseur - seine Dienste nur mit Hilfe eines von der Klägerin zur Verfügung gestellten technischen Apparates und unter Verwendung des Personals der Klägerin habe erbringen können; damit sei er in den Theaterbetrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Bei dieser Beurteilung der Tätigkeit des N. hat das LSG zwar auch auf einzelne Bestimmungen des mit ihm geschlossenen Vertrages, insbesondere den Probenplan, verwiesen; es hat jedoch die Rechtsnatur des Vertrages, den es offenbar als einen Arbeitsvertrag angesehen hat, nicht näher geprüft. Gerade dazu hätte hier aber besonderer Anlaß bestanden, weil Gegenstand des Vertrages nicht die Erbringung von lediglich der Art nach bezeichneten Diensten war, die deshalb erst noch der Konkretisierung durch Einzelweisungen des Dienstberechtigten (Arbeitgebers) bedurften, sondern - wie § 1 des Vertrages ausdrücklich festlegte - die Inszenierung einer bestimmten Oper ("Lulu" von Alban Berg).

Spricht schon dieser Umstand gegen die Annahme eines Arbeitsvertrages, der dem Arbeitgeber in der Regel die Befugnis gibt, durch einseitig erteilte, die allgemeine Dienstpflicht des Arbeitnehmers konkretisierende Weisungen über dessen gesamte Arbeitskraft zu verfügen (vgl die genannten Urteile des Senats vom 29. Januar 1981 und 27. März 1980), so stellt sich bei der rechtlichen Würdigung des vorliegenden Vertrages darüber hinaus die Frage, ob die vom Beigeladenen N. übernommene Verpflichtung



überhaupt auf eine Leistung von Diensten gerichtet war oder nicht vielmehr - iS eines Werkvertrages - auf einen durch Arbeit oder Dienstleistung herbeizuführenden Erfolg (§ 631 Abs 2 des Bürgerlichen Gesetzbuches -BGB-).

Die Unterscheidung zwischen einem Dienstvertrag und einem Werkvertrag kann zwar im Einzelfall schwierig sein, insbesondere bei Werken, die nicht im eigentlichen Sinne durch den Besteller nach § 640 BGB abgenommen werden können, so daß an die Stelle der Abnahme nach § 646 BGB die Vollendung des Werkes tritt (vgl Riezler, Der Werkvertrag, S. 42; Palandt, BGB, 38. Aufl, § 640 Anm 1a). Dennoch lassen sich auch in solchen Fällen Dienst- und Werkvertrag im allgemeinen hinreichend sicher danach unterscheiden, wer nach dem erkennbaren Willen der Vertragspartner für den Fall einer zufälligen, dh von keinem der Vertragspartner zu vertretenden Unausführbarkeit des Werkes die Gefahr der Vergütung tragen soll. Beim Werkvertrag ist dies der Hersteller des Werkes (Unternehmer), der, da er einen Erfolg iS eines Arbeitsergebnisses schuldet, bei Unausführbarkeit des Werkes grundsätzlich keine Vergütung beanspruchen kann, während beim Dienstvertrag der Dienstpflichtige auch bei Nichterreichung des vom Dienstberechtigten mit der Dienstleistung wirtschaftlich bezweckten Erfolges den Vergütungsanspruch für die geleisteten, uU (vgl §§ 615 f BGB) sogar für nicht geleistete Dienste behält (so mit Recht schon Riezler aaO S. 43 f, der auch später in der Verteilung der Gefahr noch ein "gutes Symptom" für die Unterscheidung zwischen Dienst- und Werkvertrag gesehen hat, Zeitschrift für ausländisches und internationales Privatrecht, 17. Jahrgang 1952, S. 531; vgl ferner Esser-Weyers, Schuldrecht Bd II, 5. Aufl, § 27 II 3 c, S. 228, die in der Risikoverteilung "das einzige letzten Endes stichhaltige" Unterscheidungsmerkmal zwischen Dienst- und Werkvertrag erblicken; auch nach Soergel-Mühl, BGB, 11. Aufl, Vorbem 7 vor § 631, ist die Regelung der Vergütungsgefahr "ein in aller Regel ... brauchbares" Abgrenzungskriterium; Larenz, Lehrbuch des Schuldrechts Bd II, 12. Aufl, § 53 I, S. 278, hält bei der "typologischen" Zuordnung eines Vertrages zu einem der beiden Vertragstypen ebenfalls für erheblich, ob der Verpflichtete das Erfolgsrisiko



zu übernehmen bereit ist; zurückhaltender dagegen Herschel in Archiv für Urheber-Film-Funk- und Theaterrecht -UFITA- Bd 79, 47, 57 f).

Im vorliegenden Fall ergibt sich aus dem mit N. geschlossenen Vertrag, daß dieser einen Honoraranspruch bei einer Verhinderung an der Leistungserbringung nur haben sollte, wenn die Verhinderung auf "ausschließlich von den Bühnen verschuldete Gründe" zurückzuführen war (§ 10 Nr 2 des Vertrages), daß mithin der Anspruch in allen sonstigen Fällen, insbesondere auch bei einer Verhinderung durch eigene Krankheit, entfallen sollte (§ 2 des Vertrages). Die Gefahr dafür, daß N. aus irgendeinem, nicht gerade von der Klägerin zu vertretenden Grunde die genannte Oper nicht inszenieren konnte, trug also N. selbst. Dem entsprach die Regelung seiner Vergütung, die nicht, wie häufig bei Dienstverträgen, nach der zeitlichen Dauer der Leistungen bemessen war, sondern, wie bei Werkverträgen üblich, in einer festen Summe bestand (§ 3 des Vertrages); daran ändert nichts, daß die Proben innerhalb eines bestimmten Zeitraums stattfinden sollten. Bei dem Gastregievertrag zwischen der Klägerin und N. handelte es sich somit nicht um einen Dienst-, sondern um einen Werkvertrag, der N. als "Unternehmer" gegenüber der Klägerin als "Bestellerin" zur Herstellung des versprochenen Werkes (Inszenierung der Oper "Lulu") verpflichtete (für Gastspielverträge von Bühnenkünstlern allgemein ebenso Riezler aaO S. 33; Münchner Kommentar zum BGB, Vorbem 57 vor § 631; Soergel-Mühl aaO Vorbem 20 vor § 631; Palandt aaO, Einführung 5 vor § 631; anderer Ansicht für das Solopersonal der Bühnen Riepenhausen, Das Arbeitsrecht der Bühne, 2. Aufl, S. 21, unter Hinweis auf Finkelstein, Das Recht des Bühnen- und Filmschauspielers auf Beschäftigung, S. 26 ff, vgl auch den 1965 erschienenen Ergänzungsband zu dem Werk von Riepenhausen, S. 17 ff, und eine dort aaO S. 18 f abgedruckte Entscheidung des Bühnenoberschiedsgerichts: echter Arbeitsvertrag; Staudinger/Riedel, BGB, 11. Aufl, Vorbem 7 vor § 631: unabhängiger Dienstvertrag; in diesem Sinne anscheinend auch das Bundesarbeitsgericht -BAG-, das in einem Urteil vom 23. April 1980 bei Verpflichtung eines sonst anderweitig tätigen Regisseurs für ein Gastspiel "je nach

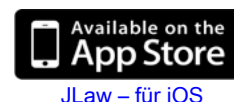


Lage des Falles" einen selbständigen Dienstvertrag angenommen hat, AP Nr 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit = USK 80 117; vgl ferner Fromm/Nordemann, Urheberrecht, 4. Aufl, S. 395).

Als "Unternehmer" eines von ihm herzustellenden Werkes (Inszenierung einer Oper bis zur Aufführungsreife) mußte der Beigeladene N. zwar auch mit anderen Personen zusammenwirken, nämlich mit den von der Klägerin für die Aufführung der Oper verpflichteten Solisten, dem Dirigenten, dem Orchester, dem Bühnen- und dem Kostümbildner sowie den sonstigen Darstellern und dem technischen Personal der Bühne. Dadurch wurde N. jedoch nicht selbst in den Theaterbetrieb der Klägerin als Arbeitnehmer eingegliedert. Vielmehr bediente er sich - als der von der Klägerin für die Oper verpflichtete Regisseur - lediglich der ihm von der Klägerin zur Verfügung gestellten Personen und sächlichen Mittel, um das versprochene Werk zu verwirklichen (vgl Soergel-Mühl aaO § 645 RdZiff 2). Daß ihm dabei von der Klägerin oder ihren Beauftragten keine die Regieführung betreffenden Weisungen erteilt werden konnten, hat auch das LSG angenommen; dies ergab sich im übrigen schon daraus, daß er seine Leistung als "ausübender Künstler" eigenschöpferisch, wenn auch im Zusammenwirken mit anderen Künstlern, in künstlerischer Gestaltungsfreiheit zu erbringen hatte (vgl dazu §§ 73, 79 und 80 des Urheberrechtsgesetzes sowie Fromm/Nordemann aaO § 73 Anm 2, § 80 Anm 3, ferner Fromm in Gewerblicher Rechtsschutz und Urheberrecht, 1962, 561; Ulmer, Urheber- und Verlagsrecht, 3. Aufl, S. 160 f).

Daß N. bei den von ihm angesetzten Proben den vertraglich festgelegten Probenplan einhalten mußte, machte seine Tätigkeit nicht zu einer hinsichtlich der Arbeitszeit "fremdbestimmten"; dies wäre nur dann der Fall gewesen, wenn die Klägerin mit Einzelweisungen in den Probenplan hätte eingreifen können, was im Vertrag nicht vorgesehen war.

Daß N. seine Leistungen nicht selbst "am Markt" verwertete, sondern der Klägerin zur Verwertung nach deren Programmplanung überließ, so daß seine Regietätigkeit in diesem Sinne "fremd-



nützig" war (so das LSG), spricht ebenfalls nicht für eine abhängige Beschäftigung; anderenfalls gäbe es keine "freien Mitarbeiter", die sich durch feste Verträge gegenüber Dritten zu einer in deren Interesse liegenden Tätigkeit verpflichten (vgl. zu einem Lehrbeauftragten einer Fachhochschule als freiem Mitarbeiter der Hochschule das schon genannte Urteil des Senats vom 27. März 1980). Da der Beigeladene N. schließlich, wie ausgeführt, insofern ein Unternehmerrisiko trug, als sein Honoraranspruch vom tatsächlichen Zustandekommen der Inszenierung abhing, hat ihn der Senat entgegen der Auffassung des LSG als Selbständigen und nicht als abhängig Beschäftigten angesehen.

Das schließt nicht aus, daß ein Gastregisseur bei einer anderen Gestaltung seines Vertrages, insbesondere bei einer anderen Regelung der Gefahrtragung, als ein auf Dienstvertrag angestellter, möglicherweise sogar als ein abhängig beschäftigter Regisseur anzusehen wäre, wie eine Regietätigkeit auch sonst in Erfüllung der Verpflichtungen "aus einem Arbeits- oder Dienstverhältnis" erbracht werden kann (vgl. § 79 des Urheberrechtsgesetzes; zur arbeitsrechtlichen Stellung eines für die Regie von Festspielen verpflichteten Theaterintendanten vgl. BAG in AP Nr 23 zu § 611 BGB Abhängigkeit; zur Beurteilung eines Gast-solisten im Steuerrecht vgl. Bundesfinanzhof in BStBl 1973 II S. 636 f). Nicht vergleichbar mit dem Beigeladenen N. sind im übrigen die Mitarbeiter von Rundfunk- und Fernsehanstalten, auch soweit sie dort nicht ständig beschäftigt sind, sondern für die Anstalten nur zeitweise oder unständig tätig werden; auch dann sind sie häufig organisatorisch so fest in den Betrieb der Anstalten eingegliedert, daß sie als deren Arbeitnehmer oder – was besonders für das Arbeitsrecht Bedeutung hat – als arbeitnehmerähnliche Personen erscheinen (vgl. zur Stellung der freien Mitarbeiter für Hörfunk und Fernsehen die 1971 erschienene gleichnamige Schrift der Rundfunk-Fernseh-Film-Union, S. 41 ff, und Herschel aaO; ferner das schon genannte Urteil des BAG in AP Nr 34 zu § 611 BGB Abhängigkeit sowie BSGE 36, 262).

Auf die Revision der Klägerin hat der Senat somit das Urteil des LSG aufgehoben und das Urteil des SG wiederhergestellt.



- 11 -

Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.

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



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)