

Bundessozialgericht

2 RU 41/85

Im Namen des Volkes

Verkündet am
27. August 1987

Urteil

in dem Rechtsstreit

.....,

Klägerin und Revisionsklägerin,

Prozeßbevollmächtigte:,

g e g e n

.....,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

Prozeßbevollmächtigter:

Der 2. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche
Verhandlung vom 27. August 1987
für Recht erkannt:

Die Revision der Klägerin gegen das Urteil des Landessozial-
gerichts Niedersachsen vom 27. März 1984 wird zurückge-
wiesen.

Kosten des Revisionsverfahrens sind nicht zu erstatten.



-2-

G r ü n d e :

I

Die Beteiligten streiten darüber, ob die Klägerin rückständige Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung zu entrichten hat.

Die Klägerin ist Bauunternehmerin und Mitglied der beklagten Berufsgenossenschaft. Sie unterhielt Geschäftsbeziehungen zu der Firma K - im folgenden K -. Beide schlossen in den Jahren 1977 und 1978 über drei Bauvorhaben "Bauverträge", in denen die Klägerin als Bauherrin und die K - als Auftragnehmerin bezeichnet wurden. Als Vertragsgegenstand waren Maurer-, Schalungs- und Betonarbeiten angeführt. Als Verantwortliche für die örtliche Bauleitung wurden fallweise ein Bauführer und ein Prokurist der Klägerin namentlich benannt. Als ungefähre Vertragssummen wurden DM 20.000, DM 5.000 sowie DM 500.000 vereinbart. Später stellte die K der Beklagten Rechnungen über DM 37.723 netto (1977) und DM 824.121 netto (1978) aus.

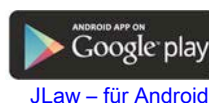
Die Beklagte forderte von der Klägerin durch Bescheide vom 5. Januar 1979 sowie vom 23. April 1979 Beiträge für die Jahre 1977 und 1978 nach. Sie ging aufgrund der voraufgegangenen Lohnprüfung und weiterer Ermittlungen davon aus, daß die für die Bauvorhaben tätig gewordenen Arbeitskräfte als Beschäftigte der Klägerin in deren Lohnnachweis zu führen seien. Die Klägerin habe die Arbeitnehmer von der K unerlaubt entliehen. Die Bei-



tragsnachforderungen bezifferte die Beklagte mit DM 1.193,02 (1977) und DM 26.131,26 (1978). Ihrer Schätzung des Arbeitsentgelts legte sie 70 vH der Rechnungsbeträge zugrunde. Die Widersprüche gegen die Beitragsbescheide hatten keinen Erfolg (Widerspruchsbescheid vom 5. September 1979).

Das Sozialgericht -SG- hat die Beitragsbescheide aufgehoben (Urteil vom 13. September 1982); es ist der Auffassung der Klägerin gefolgt, sie habe echte Werkverträge abgeschlossen, die ordnungsgemäß erfüllt worden seien.

Auf die Berufung der Beklagten hat das Landessozialgericht (LSG) das Urteil des SG aufgehoben und die Klage abgewiesen (Urteil vom 27. März 1984). Zur Begründetheit seiner Auffassung, die Klägerin sei für die ihr überlassenen Arbeitnehmer beitragspflichtig, hat es ua ausgeführt: Die K sei nicht als Werkunternehmer für die Klägerin tätig geworden. Sie habe seinerzeit ca 350 Arbeitnehmer zur Sozialversicherung angemeldet und weitere unangemeldete Arbeitnehmer beschäftigt, über die nötige Ausrüstung für Hochbauarbeiten jedoch nicht verfügt. Vielmehr sei alles Erforderliche - bis auf persönliches Handwerkzeug - seitens der Klägerin gestellt worden. Die K habe sich wesentlich auf die Kalkulation der angenommenen Bauarbeiten und den Einsatz ihrer verschiedenen spezialisierten Baukolonnen beschränkt. Diese seien auf zahlreichen Baustellen für verschiedene Unternehmer tätig gewesen. Der Polier der K habe darum auch lediglich eine gewisse Oberaufsicht führen können und sei nur ausnahmsweise anzutreffen gewesen. Die Kolonnen hätten nach Einzelplänen gear-



beitet. Diese seien den Vorarbeitern von Vertretern der Klägerin ausgehändigt worden, die ihrerseits - bei Bedarf - Rücksprache mit dem zuständigen Ingenieurbüro genommen hätten. Die K selbst sei über den planerischen Gesamtzusammenhang wie über technische Einzelheiten der Bauvorhaben nicht unterrichtet gewesen. Die Arbeitskräfte der K hätten mit Stammarbeitskräften der Klägerin, die ca ein Drittel der Arbeitskräfte gestellt habe, auf den Baustellen zusammengearbeitet. Schließlich hätten die Verträge die K nicht an einen festen Preis für die bestellten Werke gebunden. Die überwiegende Abrechnung nach Aufmaß allein sei neben den anderen tatsächlichen Umständen der Vertragsausgestaltung kein zwingendes Indiz für das Bestehen echter Werkverträge.

Der Senat hat auf die Beschwerde der Klägerin die Revision zugelassen (Beschluß vom 26. Juni 1985). Die Klägerin hat das Rechtsmittel eingelegt und rügt darin die Verletzung der werkvertraglichen Normen der §§ 631 ff des Bürgerlichen Gesetzbuches (BGB). Sie macht im einzelnen geltend, die Arbeitskräfte der K seien zur Errichtung ganzer Bauabschnitte, also "Werke", eingesetzt worden. Die gelegentliche spätere Aufstockung der Werkverträge stehe ihrer Rechtsnatur nicht entgegen. Gewährleistungsansprüche habe die K wiederholt anerkannt. Auch basierten ihre sämtlichen Abrechnungen genauestens auf dem Aufmaß der Werke. Das LSG habe die Erhebung des beantragten Sachverständigenbeweises darüber, daß keine Umrechnungen von Stunden auf Maße vorgenommen worden seien, unter Verstoß gegen § 103 des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) unterlassen. Schließlich macht die



Klägerin ihre vom SG festgestellte Gutgläubigkeit in Bezug auf das Geschäftsgebaren der K geltend. Sie habe sich darauf verlassen dürfen, daß die K in der Lage gewesen sei, Subunternehmeraufträge ordnungsgemäß durchzuführen.

Die Klägerin beantragt,

das Urteil des LSG Niedersachsen vom 27. März 1985 aufzuheben und die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des SG Stade vom 13. September 1983 zurückzuweisen,

hilfsweise,

das Urteil des LSG Niedersachsen vom 27. März aufzuheben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung an das LSG zurückzuverweisen.

Die Beklagte beantragt,

die Revision zurückzuweisen.

Sie hält die Annahme unerlaubter Arbeitnehmerüberlassung für zutreffend und verweist insoweit auf die tatsächlichen Feststellungen des LSG. Insbesondere stützt sie ihre Auffassung auf die spätere Aufstockung der Vertragspreise und weist die Behauptung der Klägerin, die K habe Gewährleistungsansprüche anerkannt, als unsubstantiiert zurück. Vertrauensschutz der Klägerin verneint sie. Hinsichtlich des Abrechnungsmodus sieht sie die Sachaufklärungspflicht des LSG als nicht verletzt an.



II

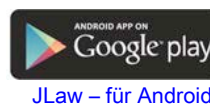
Die Revision der Klägerin ist nicht begründet.

Die Klägerin hat als Unternehmerin und Mitglied der Beklagten (§ 658 Abs 1 Reichsversicherungsordnung -RVO-) für den Zeitraum 1977/78 Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung zu entrichten (s § 723 RVO). Deren Höhe bemißt sich - ungeachtet der übrigen Berechnungsfaktoren - nach dem Entgelt der von ihr beschäftigten Versicherten (s § 725 Abs 1 RVO). Gegen Arbeitsunfall versichert sind ua die aufgrund eines Arbeitsverhältnisses Beschäftigten (§ 539 Abs 1 Nr 1 RVO). Leiharbeitnehmer stehen in einem Beschäftigungsverhältnis zum Verleiher (Art 1 § 1 Abs 1 Satz 1 des Arbeitnehmerüberlassungsgesetzes -AÜG- vom 7. August 1972 -BGBI I 1393- idF vor Inkrafttreten der Bek vom 14. Juni 1985 -BGBI I 1068-). Etwas anderes gilt, wenn - wie hier - der Verleiher ohne Erlaubnis der Bundesanstalt für Arbeit tätig geworden ist.

Das LSG hat seinem Urteil zugrunde gelegt, daß die Klägerin für drei Bauvorhaben in den Jahren 1977/78 Arbeitskräfte von der K. ausgeliehen hatte, für deren gewerbsmäßige Überlassung diese die erforderliche Erlaubnis nicht besaß. Mit ihrem dagegen gerichteten Vorbringen, auf ihr Rechtsverhältnis zur K. sei Werkvertragsrecht anzuwenden, hat die Revision keinen Erfolg. Voraussetzung für die Annahme eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrags ist (s ua BSG USK 80227), daß ein Unternehmer einem Dritten die Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die dieser dann in seinem



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



Betrieb zusammen mit eigenen Arbeitnehmern zur Verfolgung seiner Betriebszwecke nach eigenen Vorstellungen und Zielen einsetzt. Nach den von der Revision nicht angegriffenen und deshalb für das Gericht bindenden (§ 163 SGG) tatsächlichen Feststellungen des LSG sind die Voraussetzungen der Arbeitnehmerüberlassung insbesondere nach der Organisation der Arbeitsleistung und der Weisungsbefugnis der Klägerin gegenüber den Arbeitskräften (s BSG USK 80227; Buhl ZSR 1983, 539, 545), der Risikoverteilung und der Berechnung gegeben (vgl auch Marschall, Bekämpfung illegaler Beschäftigung, 1983, S 25).

Die Klägerin setzte die ihr überlassenen Arbeitskräfte nach ihren betrieblichen Erfordernissen in ihrem Betrieb ein. Dafür sprechen die gemeinsame Arbeit mit eigenen Arbeitskräften, die Gestellung von Material und Ausrüstung, die eigene Sachkenntnis über den planerischen Gesamtzusammenhang der Bauvorhaben sowie ihr Kontakt zum beauftragten Ingenieurbüro. Die K war mangels betrieblicher Ausrüstung und Kenntnis nicht in der Lage, die Bauvorhaben eigenständig zu organisieren und durchzuführen. Sie beschränkte sich auf die Einsatzorganisation ihrer mindestens 350 Arbeitnehmer. Sie stellte ihre Arbeitskräfte der Klägerin auch und gerade dann zur Verfügung, wenn deren Personalkapazität ausgeschöpft war.

Die Klägerin gliederte die Arbeitskräfte der K derart in den eigenen Betrieb ein, daß diese den fachlichen Weisungen des Klägervertreters unmittelbar unterstanden. Die auszuführenden Einzelpläne wurden direkt und nicht über einen Vertreter der



K den Kolonnenvorarbeitern ausgehändigt. Die Weisungen der
K beschränkten sich im wesentlichen auf die Zuteilung zahlenmäßig ausreichend starker Kolonnen zu den Baustellen (Oberaufsicht).

Daß die KIM-Bau die Leistungsgefahr gemäß § 695 BGB getragen oder Gewährleistungsansprüche gemäß §§ 63 ff BGB anerkannt hätte, hat das LSG nicht festgestellt. Diesbezügliche Behauptungen der Revision sind unbeachtlich (§ 163 SGG), da sie auch nicht Bestandteil ihrer Verfahrensrüge (§§ 162, 164 Abs 2 Satz 2, 170 Abs 3 SGG) sind.

Die Rechtsauffassung des LSG hinsichtlich der Bedeutung des Abrechnungsmodus für den anzunehmenden Vertragstyp begegnet keinen rechtlichen Bedenken. Der Abrechnungsmodus zählt neben Organisation, Weisung und wirtschaftlichem Risiko zu den von der Rechtsprechung entwickelten Tatbestandsmerkmalen, die einem bestimmten Vertragstyp das Gepräge geben können (Becker, Leitfaden zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung, 4. Aufl, 1985, S 25,130; Becker BlStSozArbR 1976, 225, 228). Allerdings ist die Abgrenzung der Arbeitnehmerüberlassung vom Werkvertrag auf den Abrechnungsmodus nur sehr bedingt zu stützen (vgl etwa BSG USK 80227; LSG Niedersachsen Breithaupt 1983, 410; Buhl ZSR 1983, 539, 544). Die Abrechnung nach Werkmaßen spricht an sich gegen die Annahme einer Arbeitnehmerüberlassung. Doch ist die von § 13 AÜG nicht erfaßte Vereinbarung des Überlassungsentgelts zwischen Verleiher und Entleiher auch hinsichtlich seines Berechnungsmodus der Vertragsfreiheit anheimgegeben (Buhl ZSR 1983, 539, 544; Becker



Leitfaden aaO S 53 f). In der Praxis können sich Überschneidungen mit dem Werkvertragstypus ergeben (vgl etwa Hueck-Nipperdey, Lehrbuch des Arbeitsrechts, Band 1, 7. Aufl, 1963, S 139; Palandt-Thomas, BGB, 46. Aufl, 1987, Anm 1 zu § 632; MünchKomm-Soergel, BGB, Rdnr 139 zu § 631), so daß die Möglichkeit der Verdeckung von Arbeitnehmerüberlassung durch Abschluß von Scheinwerkverträgen besteht (so Sandmann/Marschall aaO, Anm 19 zu Art 1 § 1; Bundesregierung, 4. Erfahrungsbericht, BT-Drucks 8/4479, S 13; Gick, Gewerbsmäßige Arbeitnehmerüberlassung, 1983, S 177). Dieser Umstand gewinnt vorliegend um so mehr Gewicht, als die festgestellte Vertragsausgestaltung in ihren übrigen Tatbeständen für die Annahme von Arbeitnehmerüberlassungen spricht. Deshalb hat sich das LSG aufgrund seiner übrigen nicht mit Verfahrensrügen angegriffenen tatsächlichen Feststellungen entgegen der Auffassung der Revision nicht dazu gedrängt fühlen müssen, das von der Klägerin beantragte Sachverständigen-gutachten darüber einzuholen, daß die Rechnungen über die Bauvorhaben der Klägerin mit der Firma K nicht Umrechnung von Stunden auf Massen gewesen seien. Das LSG hat die insoweit unterschiedlichen Zeugenaussagen nicht übersehen (s Seite 12/13 der Urteilsbegründung). In Übereinstimmung mit der Rechtsprechung und Literatur zum Vorliegen eines Beschäftigungsverhältnisses (s ua Brackmann, Handbuch der Sozialversicherung 10. Aufl, S 306i; Krasney in Schrammel, Versicherungs- und Beitragspflicht in der Sozialversicherung, Wien 1985, Seite 7 - jeweils mwN) ist das LSG davon ausgegangen, daß es auf das Gesamtbild der Tätigkeit ankommt, so daß im Einzelfall einzelne Kriterien nicht erfüllt zu sein brauchen. Das LSG hat deshalb zutreffend dargelegt, daß



selbst die Abrechnung nach anderen Maßstäben als Stunden allein kein zwingender Hinweis für das Bestehen eines Werkvertrages ist. Es ist im Ergebnis sogar davon ausgegangen, daß eine Abrechnung nach Stunden jedenfalls nicht nachgewiesen sei (s S 13 der Urteilsgründe). Die rechtliche Würdigung auf Grund der Gesamtumstände des Einzelfalls hat das LSG ohne Anhörung eines Sachverständigen vornehmen können. Die Ausführungen des LSG auf Seite 13 seiner Entscheidungsgründe enthalten insbesondere in Verbindung mit der vorangegangenen und folgenden Beweiswürdigung auch ein ausreichendes Eingehen auf den Beweisantrag der Klägerin.

Da das Berufungsgericht aufgrund der getroffenen tatsächlichen Feststellungen rechtsfehlerfrei von einer unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung ausgehen konnte, stellt sich auch die von der Revision aufgeworfene Frage der objektiven Beweislast nicht.

Gegen die Annahme einer illegalen Arbeitnehmerüberlassung beruft sich die Klägerin schließlich auch vergebens auf ihren guten Glauben an ein ordentliches Geschäftsgebaren der K. An die Gutgläubigkeit des Entleihers knüpft das AÜG keine für dessen Arbeitgebereigenschaft erheblichen Rechtsfolgen (anders im Fall des gutgläubigen Leiharbeitnehmers Art 1 § 10 Abs 2 AÜG; BSG EZAÜG Nr 147). Insbesondere ein Irrtum über die Erlaubnispflichtigkeit der Arbeitnehmerüberlassung ist nicht rechtserheblich (BAG BB 1980, 1326, 1328). Es kommt auf die tatsächliche Vertragsdurchführung an, wenn sich - wie im vorliegenden Fall - schriftliche Vereinbarung und tatsächliche Durchführung widersprechen (BAG NJW 1984, 2912).



Für den - vom LSG zutreffend zugrunde gelegten - Fall der illegalen Arbeitnehmerüberlassung bestimmt Art 1 § 9 Nr 1 AÜG die Unwirksamkeit des Vertrages zwischen Leiharbeiter und Verleiher und fingiert statt dessen "ein Arbeitsverhältnis zwischen Entleiher und Leiharbeiter ... als zustandegekommen" (Art 1 § 10 Abs 1 Satz 1 AÜG). Den Entleiher treffen die vollen Arbeitgeberpflichten aus einem Arbeitsverhältnis iS von § 7 Abs 1 SGB IV. Das LSG geht zu Recht davon aus, daß der Entleiher dann Schuldner auch der Sozialversicherungsbeiträge ist (BSG Urteil vom 18. März 1987 - 9b RU 16/85 - zur Veröffentlichung vorgesehen; Lauterbach/Watermann, Unfallversicherung, 3. Aufl, Anm 10 zu § 648 und Anm 13 zu § 729; Sandmann/Marschall, AÜG, Anm 13 zu Art 1 § 10, Anm 16 zu Art 3 § 1; Becker/Wulfgramm, AÜG, 3. Aufl, 1985 RdNr 17 zu Art 1 § 10; LSG Berlin KVRs 3240/35; Becker ZIP 1984, 782, 788, ders. B1StSozArbR 1981, 241, 244; Kerger SozVers 1982, 61, 62; aA Noack SozVers 1973, 41, 42). Der 9b Senat des BSG hat in seinem nach Zulassung der Revision in der vorliegenden Sache ergangenen Urteil vom 18. März 1987 (9b RU 16/85) entschieden, daß der Verpflichtung der Klägerin die Beiträge zur gesetzlichen Unfallversicherung zu tragen, auch nicht die Regelung des § 729 Abs 4 iVm § 393 Abs 3 RVO entgegensteht, da die Anwendung des § 729 Abs 4 RVO durch Art 1 §§ 9 und 10 AÜG ausgeschlossen ist. Der erkennende Senat folgt nach eigener Prüfung dieser Entscheidung, die den Beteiligten in Abschrift übersandt worden ist.

Die Höhe der aufgrund der notwendigen Schätzung festgesetzten Beiträge ist in Übereinstimmung mit dem Urteil des LSG rechtlich



nicht zu beanstanden (s auch BGH EZAÜG Nr 120).

Die Revision war daher zurückzuweisen.

Die Kostenentscheidung folgt aus § 193 SGG.



[JLaw – Gesetze und Urteile](#)

Kostenlos
Über 200 Gesetze
Über 100.000 Urteile

[\(mobile App\)](#)



[JLaw – für Android](#)



[JLaw – für iOS](#)