

BUNDESSOZIALGERICHT



Im Namen des Volkes

Verkündet am
14. März 2018

Urteil

in dem Rechtsstreit

BSG Az.: **B 12 KR 17/16 R**
Bayerisches LSG 26.01.2016 - L 5 KR 43/14
SG München 24.10.2013 - S 2 KR 536/10

.....,

Kläger und Revisionskläger,

Prozessbevollmächtigte:

.....,

g e g e n

AOK Bayern - Die Gesundheitskasse,
Carl-Wery-Straße 28, 81739 München,

Beklagte und Revisionsbeklagte,

beigeladen:

1.,
2. Deutsche Rentenversicherung Bund,
Ruhrstraße 2, 10709 Berlin.

Der 12. Senat des Bundessozialgerichts hat auf die mündliche Verhandlung vom 14. März 2018 durch den Präsidenten Prof. Dr. Schlegel, die Richter Heinz und Beck sowie den ehrenamtlichen Richter Hehr und die ehrenamtliche Richterin Rothacher für Recht erkannt:

Auf die Revision des Klägers werden die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 26. Januar 2016 und des Sozialgerichts München vom 24. Oktober 2013 sowie der Bescheid der Beklagten vom 12. November 2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27. April 2010 aufgehoben und die Beklagte verpflichtet, bei der Beigeladenen zu 1. über die bereits gezahlten Gesamtsozialversicherungsbeiträge hinaus weitere Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung für den Monat März 2009 aus 3030 Euro Arbeitsentgelt und für den Monat April 2009 aus 6060 Euro Arbeitsentgelt jeweils bis zur monatlichen Beitragsbemessungsgrenze einzuziehen.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Rechtsstreits. Im Übrigen sind Kosten nicht zu erstatten.

G r ü n d e :

I

- 1 Der Kläger ist Schauspieler. Er schloss mit der zu 1. beigeladenen B. GmbH (jetzt: B. GmbH) als Arbeitgeberin einen Darstellervertrag für die Fernsehproduktion "Rosenheim-Cops". Voraussichtliche Drehtage sollten der 31.3., 16.4. und 22.4.2009 sein. Dazu musste sich der Kläger in der Zeit vom 30./31.3., 16./17.4. und 21. bis 23.4.2009 (*sog Vertragszeit*) ua für Dreharbeiten zur Verfügung halten. Der Kläger erhielt je Drehtag ein Arbeitsentgelt von 3030 Euro (*insgesamt 9090 Euro*). Die beigeladene Arbeitgeberin ermittelte auf Grundlage einer kalendertäglichen Beitragsbemessungsgrenze von 180 Euro für die Vertragszeit anteilige monatliche Beitragsbemessungsgrenzen. Für die Zeit vom 30. bis 31.3.2009 sowie 16. bis 17.4.2009 führte sie jeweils für zwei Arbeitstage bis zu einer anteiligen Beitragsbemessungsgrenze von ($2 \times 180 \text{ Euro} =$) 360 Euro aus einem Bruttoarbeitsentgelt von 3030 Euro Beiträge zur Arbeitslosenversicherung und zur gesetzlichen Rentenversicherung ab. Für die drei Tage umfassende Vertragszeit vom 21. bis 23.4.2009 berechnete sie die Beiträge auf Grundlage einer anteiligen Beitragsbemessungsgrenze von ($3 \times 180 \text{ Euro} =$) 540 Euro. Beiträge zur gesetzlichen Kranken- und sozialen Pflegeversicherung wurden nicht entrichtet.
- 2 Der Kläger wandte sich am 17.9.2009 mit dem Antrag an die beklagte Krankenkasse, sie möge bei der beigeladenen Arbeitgeberin Rentenversicherungsbeiträge aufgrund der Bestimmungen für "berufsmäßig unständig Beschäftigte" bis zur monatlichen Beitragsbemessungsgrenze (5400 Euro) einziehen. Die beklagte Krankenkasse lehnte dies ab. Die Voraussetzungen unständiger Beschäftigung lägen bei drehtagsverpflichteten Film- und Fernsehschauspielern nicht vor, wenn ein Vertrag mehrere Beschäftigungszeiten (Vertragszeiten) umfasse. Dies gelte auch dann, wenn die einzelnen Beschäftigungszeiten in der Summe zwar weniger als eine Woche umfassen, jedoch bereits von vornherein über einen längeren Zeitraum vereinbart werden (*Bescheid vom 12.11.2009, Widerspruchsbescheid vom 27.4.2010*).

- 3 Klage und Berufung hiergegen sind ohne Erfolg geblieben. Die Beklagte habe den Kläger zu Recht nicht als unständig Beschäftigten eingestuft; der Kläger könne daher nicht beanspruchen, dass die Beklagte aus der Beschäftigung höhere Beiträge für ihn einziehe. Eine unständige Beschäftigung liege nicht vor, weil die Tätigkeit des Klägers zwar sowohl der Natur der Sache nach als auch gemäß dem Darstellervertrag auf voraussichtlich drei Beschäftigungstage (Drehtage) innerhalb des Vertragszeitraumes beschränkt war, sich die Vertragszeit aber auf die Zeit vom 30./31.3., 16./17.4. und 21. bis 23.4. und damit auf mehr als eine Woche erstreckt habe. Die Beschäftigung in der Zeit vom 30.3. bis 23.4. sei auf die eine Wochenlänge überschreitende Dauer geplant und als einheitliches Beschäftigungsverhältnis angelegt gewesen (*Urteil des SG vom 24.10.2013; Urteil des LSG vom 26.1.2016*).
- 4 Der Kläger hat Revision eingelegt. Bei ihm seien Beiträge zur gesetzlichen Rentenversicherung nach den Vorschriften für unständig Beschäftigte zu entrichten. Das LSG sei zu Unrecht davon ausgegangen, dass die einzelnen Drehzeiträume zusammenzuzählen seien und er damit mehr als eine Woche bei der beigeladenen Arbeitgeberin beschäftigt gewesen sei.
- 5 Der Kläger beantragt,
die Urteile des Bayerischen Landessozialgerichts vom 26.1.2016 und des Sozialgerichts München vom 24.10.2013 sowie den Bescheid der Beklagten vom 12.11.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 27.4.2010 aufzuheben und die Beklagte zu verpflichten, bei der Beigeladenen zu 1. über die bereits gezahlten Gesamtsozialversicherungsbeiträge hinaus weitere Beiträge zur Rentenversicherung für den Monat März 2009 aus 3030 Euro Arbeitsentgelt und für den Monat April 2009 aus 6060 Euro Arbeitsentgelt jeweils bis zur monatlichen Beitragsbemessungsgrenze einzuziehen.
- 6 Die Beklagte hält das angegriffene Urteil für zutreffend und beantragt,
die Revision des Klägers zurückzuweisen.
- 7 Die Beigeladenen stellen keine Anträge.

II

- 8 Die zulässige Revision des Klägers ist begründet. Das LSG hat die Berufung des Klägers gegen das Urteil des SG zu Unrecht zurückgewiesen. Das LSG hätte die Klage nicht abweisen dürfen. Die angefochtene Verwaltungsentscheidung ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten.
- 9 1. Die vom Kläger erhobene Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist zulässig. Ist ein Beschäftigter der Ansicht, sein Arbeitgeber müsse aus der Beschäftigung höhere Gesamtsozialversiche-

rungsbeiträge als tatsächlich gezahlt entrichten, kann er - wie dies hier geschehen ist - durch einen Antrag bei der Beitragseinzugsstelle ein Beitragseinzugsverfahren nach § 28h SGB IV einleiten, im Rahmen dessen die Einzugsstelle über Versicherungspflicht und Beitragshöhe zu entscheiden hat. Bleibt dieses Verfahren erfolglos, kann der Beschäftigte sodann in einem Rechtsstreit vor den Sozialgerichten die Verpflichtung der Einzugsstelle zu einem entsprechenden Beitragseinzug gerichtlich klären lassen (*vgl BSG Urteil vom 12.9.1995 - 12 RK 63/94 - SozR 3-2400 § 28h Nr 5; BSG Urteil vom 26.9.1996 - 12 RK 37/95 - SozR 3-2400 § 28h Nr 7*).

- 10 2. Die Anfechtungs- und Verpflichtungsklage ist auch begründet. Die Beklagte hat es zu Unrecht abgelehnt, für den Kläger in den Monaten März und April 2009 Beiträge bis zur monatlichen Beitragsbemessungsgrenze zu erheben.
- 11 a) Der Kläger war bei der beigeladenen Arbeitgeberin im Zeitraum vom 30.3. bis 23.4.2009 an insgesamt sieben Tagen zeitlich befristet iS von § 7 Abs 1 SGB IV abhängig beschäftigt; davon hatte er an drei Tagen tatsächlich zu arbeiten. Aufgrund abhängiger Beschäftigung gegen Arbeitsentgelt unterlag er damit jedenfalls auch in der gesetzlichen Rentenversicherung, um deren Beiträge allein gestritten wird, der Versicherungs- und Beitragspflicht (*vgl § 1 S 1 Nr 1, §§ 161 Abs 1, 163 Abs 1 SGB VI, § 168 Abs 1 Nr 1, § 174 Abs 1 SGB VI, §§ 28d ff SGB IV*).
- 12 Versicherungsfreiheit wegen zeitlich geringfügiger Beschäftigung nach § 8 Abs 1 Nr 2 SGB IV lag nicht vor. Nach dieser Vorschrift war im streitigen Zeitraum eine Beschäftigung versicherungsfrei, wenn sie 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 400 Euro im Monat übersteigt. Das war hier der Fall. Eine Beschäftigung oder Tätigkeit wird dann berufsmäßig ausgeübt iS von § 8 Abs 1 Nr 2 SGB IV, wenn sie für den Beschäftigten nicht nur von untergeordneter wirtschaftlicher Bedeutung ist und er damit seinen Lebensunterhalt überwiegend oder doch in einem solchen Umfang bestreitet, dass seine wirtschaftliche Situation zu einem erheblichen Teil auf dieser Beschäftigung beruht (*vgl Schlegel in Küttner, Personalbuch, 24. Aufl 2017, Geringfügige Beschäftigung RdNr 77; BSG Urteil vom 28.10.1960 - 3 RK 31/56 - SozR Nr 1 zu § 166 RVO; BSG Urteil vom 26.9.1972 - 12 RJ 352/71 - SozR Nr 11 zu § 1228 RVO*). Zwar hat der Kläger im Jahr 2009 Einkünfte aus selbstständiger Arbeit in Höhe von 65 182 Euro und aus nichtselbständiger Arbeit in Höhe von 26 488 Euro Bruttolohn erzielt. Dennoch war sein für die Dreharbeiten gezahltes Arbeitsentgelt von 9090 Euro geeignet, wesentlich zu seinem Lebensunterhalt und seiner Vorsorge in der Sozialversicherung beizutragen.
- 13 b) Für den unständig beschäftigten Kläger (*zur unständigen Beschäftigung vgl unter c*) waren zur gesetzlichen Rentenversicherung Beiträge aus seinem von der beigeladenen Arbeitgeberin gezahlten Arbeitsentgelt bis zur monatlichen Beitragsbemessungsgrenze zu zahlen.

- 14 Das Arbeitsentgelt des Klägers war bis zur monatlichen Beitragsbemessungsgrenze beitragspflichtig (vgl. § 157, § 162 S 1 Nr 1 SGB VI). Die jährliche Beitragsbemessungsgrenze in der allgemeinen Rentenversicherung betrug 2009 im Westen 64 800 Euro, die monatliche Beitragsbemessungsgrenze 5400 Euro (§ 159 SGB VI iVm § 3 Abs 1 S 1 Nr 1 Sozialversicherungs-Rechengrößenverordnung 2009 vom 2.12.2008, BGBl I 2336). Die beigeladene Arbeitgeberin hat insoweit zu Unrecht eine nach § 1 Beitragsverfahrensverordnung (BVV) mögliche kalendertägliche Beitragsbemessungsgrenze von 180 Euro gebildet und von 3030 Euro Arbeitsentgelt im März 2009 nur 360 Euro sowie im April von 6060 Euro Arbeitsentgelt nur 900 Euro verbeitragt. Nach § 1 BVV werden der Gesamtsozialversicherungsbeitrag und die Beitragsbemessungsgrenzen je Kalendermonat für diejenigen Kalendertage berechnet, an denen eine versicherungspflichtige Beschäftigung besteht (Sozialversicherungstage). Diese Vorschrift kommt aufgrund der für unständig Beschäftigte geltenden Sonderbestimmung des § 163 Abs 1 S 2 SGB VI vorliegend jedoch nicht zur Anwendung. § 163 Abs 1 S 1 SGB VI ordnet für unständig Beschäftigte an, dass als beitragspflichtige Einnahme ohne Rücksicht auf die Beschäftigungsdauer das innerhalb eines Kalendermonats erzielte Arbeitseinkommen bis zur Höhe der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze zugrunde zu legen ist. Die Beklagte hat es damit zu Unrecht unterlassen, bei der beigeladenen Arbeitgeberin höhere Beiträge nachzufordern.
- 15 c) Der Kläger war in seiner Tätigkeit für die beigeladene Arbeitgeberin als Schauspieler unständig beschäftigt. Unständig ist eine Beschäftigung, die auf weniger als eine Woche entweder der Natur der Sache befristet zu sein pflegt oder im Voraus durch den Arbeitsvertrag befristet ist (§ 163 Abs 1 S 2 SGB VI, gleichlautend § 232 Abs 3 SGB V für die gesetzliche Krankenversicherung). Dies ist hier der Fall.
- 16 aa) Wie der Senat in seinem Urteil vom 31.3.2017 (B 12 KR 16/14 R - SozR 4-2600 § 163 Nr 1, auch zur Veröffentlichung in BSGE vorgesehen) entschieden hat, ist bei der Bestimmung des Umfangs beitragspflichtiger Einnahmen von unständig Beschäftigten in der gesetzlichen Rentenversicherung eine Berufsmäßigkeit ihrer Tätigkeit nicht zu fordern. Damit ist die Frage, ob der Kläger für die beigeladene Arbeitgeberin unständig beschäftigt war, insoweit unabhängig von seiner Hauptbetätigung als in der Künstlersozialversicherung rentenversicherter selbstständiger Schauspieler zu beurteilen.
- 17 bb) Die Beschäftigungen des Klägers bei der beigeladenen Arbeitgeberin waren im Darstellervertrag auf weniger als eine Woche befristet. Die Frage, ob eine unständige Beschäftigung iS von § 163 Abs 1 S 2 SGB VI vorliegt, ist als Statusfrage aufgrund einer Prognose zu Beginn der Beschäftigung zu treffen. Nach den Feststellungen des LSG war bereits im Darstellervertrag zwischen dem Kläger und der beigeladenen Arbeitgeberin festgehalten, dass voraussichtlich (nur) am 31.3., am 16.4. und am 22.4.2009 Dreharbeiten stattfinden würden. Damit war bei Beginn der Beschäftigung davon auszugehen, dass die (voraussichtlichen) Beschäftigungen im Zeitraum vom 30.3. bis 23.4.2009 jeweils auf weniger als eine Woche befristet waren. Dabei kann dahingestellt bleiben, ob hierbei auf die Kalenderwoche oder die Beschäftigungswoche (siehe hierzu Klaus

Peters in: Schlegel/Voelzke, juris-PK SGB V, 3. Aufl 2016, § 232 RdNr 20) abzustellen ist, denn die streitgegenständlichen Arbeitstage lagen jeweils sowohl in einer Kalender- als auch Beschäftigungswoche (30./31.3.2009: Montag und Dienstag; 16.4./17.4.2009: Donnerstag und Freitag; 21.4. bis 23.4.2009: Dienstag bis Donnerstag).

- 18 cc) Der Kläger stand auch nicht vom potentiell ersten (30.3.2009) bis zum letzten denkbaren Drehtermin (23.4.2009) in einem einheitlichen und damit mehr als eine Woche umfassenden Beschäftigungsverhältnis.
- 19 Der Kläger hatte sich vereinbarungsgemäß zur Arbeitsleistung nur an den Tagen 30./31.3, 16.4./17.4. und 21.4. bis 23.4.2009 zur Verfügung zu halten. In den Zwischenzeiten bestand keine dauernde Arbeitsbereitschaft, sodass die Zeit vom 30.3.2009 bis zum 23.4.2009 nicht als ein einheitliches und durchgehendes, zeitlich befristetes Beschäftigungsverhältnis bewertet werden kann; insoweit unterscheidet sich der vorliegende Fall maßgeblich von der Konstellation, über die der Senat im Urteil vom 20.3.2013 (*B 12 R 13/10 R - SozR 4-2400 § 7 Nr 19*) zu entscheiden hatte. Zwischen dem Kläger und der beigeladenen Arbeitgeberin sollte gerade keine den ersten Drehtag (30.3.2009) bis zum denkbar letzten Drehtag (23.4.2009) umfassende durchgehende Arbeitsrechtsbeziehung begründet werden; andernfalls hätte es angesichts des allgemeinen und umfassenden Weisungsrechts der Arbeitgeberin der Festlegung konkreter einzelner Drehtage, an denen sich der Kläger für Aufnahmen zur Verfügung halten musste, nicht bedurft. Dementsprechend erstellte die beigeladene Arbeitgeberin auch für die jeweiligen Beschäftigungsverhältnisse gesonderte Abrechnungen.
- 20 Dieses Ergebnis steht auch nicht im Widerspruch zu älterer Rechtsprechung des BSG (*Urteil vom 4.6.1998 - B 12 KR 5/97 R - SozR 3-2400 § 7 Nr 13; Urteil vom 11.5.1993 - 12 RK 23/91 - SozR 3-2400 § 8 Nr 3; Urteil vom 21.1.1987 - 7 RAr 44/85 - Juris; Teilurteil vom 16.2.1983 - 12 RK 23/81 - SozR 2200 § 441 Nr 2*). Danach kommt eine unständige Beschäftigung dann nicht in Betracht, wenn von Beginn der Beschäftigung an fest steht, dass sich die Arbeitsinsätze für den Arbeitgeber wiederholen werden, insbesondere dies in Rahmenverträgen vorher festgelegt wurde. In diesen Konstellationen liegt keine unständige Beschäftigung, sondern eine regelmäßige Beschäftigung vor. Das BSG hat in den benannten Entscheidungen ausgeführt, dass auch wiederholte kurzfristige Beschäftigungen bei demselben Arbeitgeber unständig sein können, wenn sie, wie hier, von vornherein auf weniger als eine Woche begrenzt sind. Hieran fehlt es, wenn die einzelnen Beschäftigungen sich vereinbarungsgemäß in regelmäßigen zeitlichen Abständen wiederholen oder wenn sog Kettenverträge zur Umgehung einer ständigen Beschäftigung geschlossen werden. So liegt der Fall hier gerade nicht. Denn es stand von vornherein fest, dass der Kläger ausschließlich an drei Drehtagen für die beigeladene Arbeitgeberin tätig wird, dazwischen Zeiträume liegen, in denen die Vertragsparteien vertraglich ungebunden sind und darüber hinaus kein Rahmenvertrag weitere Einsätze des Klägers für eine andere Produktion der beigeladene Arbeitgeberin vorsah. Die Beschäftigung des Klägers für die beigeladene Arbeitgeberin war damit nicht regelmäßig.

- 21 dd) Die Sonderregelungen für die Beitragsbemessung unständig Beschäftigter können auch nicht dadurch unterlaufen werden, dass die Vertragsparteien innerhalb eines längeren Befristungsrahmens zusätzlich zu den möglichen konkreten Arbeitstagen (*hier: Drehtagen*) vorsorglich einen größeren zeitlichen Korridor um diese Termine herum bilden, innerhalb dessen Arbeitseinsätze abgerufen werden können. Bei derartigen Vereinbarungen sind für die Frage, ob die Beschäftigung auf weniger als eine Woche befristet ist, nicht sämtliche den zeitlichen Korridor umfassenden Tage zusammenzuzählen. Der Kläger hatte sich zwar für eine bestimmte Folge einer Fernsehserie an zweimal zwei und einmal drei Tagen zu möglichen Arbeitseinsätzen für Dreharbeiten verpflichtet, jedoch sind diese potentiellen Einsatz Tage nicht zusammenzuzählen. Die potentiellen zeitlichen Drehkorridore sind jeweils gesondert für sich zu betrachten und umfassen jeweils weniger als eine Woche.
- 22 Sollte die Anzahl der tatsächlichen Arbeitseinsätze innerhalb eines längeren Befristungszeitraumes - anders als im vorliegenden Fall - noch nicht abschließend feststehen, würde Folgendes gelten: Haben die Vertragsparteien innerhalb eines bestimmten Zeitraumes (*zB eines Kalendermonats, eines Quartals*) für die möglichen Arbeitstage nur Zeitkorridore festgelegt, sind bei der notwendigen Prognose zu Beginn der Beschäftigung die einzelnen potentiellen Arbeitseinsätze für die Frage unständiger Beschäftigung je für sich zu betrachten; es ist zu prüfen, ob die einzelnen Zeitkorridore, innerhalb derer Arbeit abgerufen werden kann, jeweils weniger als eine Woche betragen. Eine Addition sämtlicher potentieller Arbeitstage (Summe der Arbeitstage in sämtlichen festgelegten Zeitkorridoren) scheidet aus. Andernfalls hätten es die Arbeitsvertragsparteien in der Hand, durch Festlegung einer bestimmter Anzahl von möglichen, nicht zeitlich aufeinanderfolgenden bzw zusammenhängenden Arbeitstagen in einem mehrere befristete Beschäftigungen (*befristete Arbeitseinsätze*) umfassenden Rahmenvertrag selbst darüber zu bestimmen, ob die Regeln über unständige Beschäftigung Anwendung finden sollen oder nicht.
- 23 Dies wäre insbesondere in der gesetzlichen Krankenversicherung und sozialen Pflegeversicherung sowie in der Arbeitslosenversicherung nicht nur von beitragsrechtlicher, sondern auch von statusrechtlicher Bedeutung. Die Arbeitsvertragsparteien könnten selbst darüber entscheiden, ob in der Arbeitslosenversicherung Versicherungsfreiheit eintreten soll oder nicht (*vgl § 27 Abs 3 Nr 1 SGB III*) und sie könnten durch entsprechende Vertragsgestaltung erreichen, dass insbesondere in der gesetzlichen Krankenversicherung und Pflegeversicherung ggf erhebliche Anteile des Arbeitsentgelts wegen Bildung einer kalendertäglichen bzw anteiligen Beitragsbemessungsgrenze beitragsfrei bleiben. Dies widerspräche Sinn und Zweck der für unständig Beschäftigte geltenden Sonderregelungen.
- 24 ee) Für die - hier nur streitgegenständliche - gesetzliche Rentenversicherung ordnet § 163 Abs 1 SGB VI an, dass bei unständig Beschäftigten, die - wie der Kläger - an nur wenigen Arbeitstagen im Kalendermonat ein ggf sehr hohes Arbeitsentgelt erarbeiten, als beitragspflichtige Einnahme ohne Rücksicht auf die Beschäftigungsdauer das innerhalb eines Kalendermonats erzielte Ar-

beitsentgelt bis zur Höhe der monatlichen Beitragsbemessungsgrenze zugrunde zu legen ist. Die Vorschrift stellt damit sicher, dass das innerhalb eines Kalendermonats erzielte Arbeitsentgelt unständig Beschäftigter insgesamt zum Aufbau individueller Altersvorsorge heranzuziehen ist und es gerade nicht darauf ankommt, an wie vielen Arbeitstagen innerhalb des Kalendermonats tatsächlich gearbeitet wurde. Insoweit weist der Kläger zutreffend darauf hin, dass bei Zugrundelegung einer nur anteiligen Beitragsbemessungsgrenze zwar zum Vorteil seiner Arbeitgeberin erhebliche Teile des Arbeitsentgelts wegen Überschreitens dieser Beitragsbemessungsgrenze beitragsfrei blieben, dadurch aber letztlich keine ausreichende Altersvorsorge in der gesetzlichen Rentenversicherung für den Kläger möglich wäre.

25

3. Die Kostenentscheidung beruht auf § 193 SGG.