

1. Fall: Werkstudentenprivileg, Beschäftigungsverhältnis und Arbeitslosengeld (Hökendorf)

Ausgangsfall:

S absolvierte nach dem Abitur bei der Kanzlei Schnell & Reich von 1999 bis 2002 eine Ausbildung zur Rechtsanwalts- und Notargehilfin (ReNo). Im Anschluß daran war sie in der Kanzlei ganztätig beschäftigt. Im Oktober 2002 nahm sie das Studium der Rechtswissenschaften an der FU-Berlin auf. Um den mageren BaFöG-Satz etwas aufzubessern, ist sie weiterhin in der Kanzlei als ReNo tätig. Jedoch verringerte sie die Arbeitszeit auf 15 Stunden in der Woche. Die RAe Schnell & Reich entrichten weiterhin für S den Gesamtsozialversicherungsbeitrag und behalten den Arbeitnehmeranteil ein, um ihn abzuführen an die Einzugsstelle.

S ist der Ansicht, daß die Beschäftigung in der Kanzlei nach Aufnahme des Studiums versicherungsfrei sei, und protestiert gegen den Lohnabzug.

Haben die RAe Schnell & Reich einen Anspruch auf Abzug vom Arbeitsentgelt?

Abwandlung:

Im Juni 2003 nach drei Semestern hat S sehr erfolgreich das Grundstudium abgeschlossen. Sie geht zu RA Reich und fragt nach, ob Sie nicht zukünftig Recherchetätigkeiten in der Bibliothek nachgehen und kleinere Gutachten erstellen kann. RA Reich ist von der Idee begeistert. Sie vereinbaren zum 01. Juli 2003, den bisherigen Vertrag aufzuheben und schließen zu einem bedeutend höheren Stundenlohn einen Vertrag über freie Mitarbeit ab. S kann weiterhin ihr Büro mit der vorhandenen Ausstattung, insbesondere Computer mit Internetzugang, nutzen. Eine Anwesenheitspflicht besteht laut Vertrag nicht mehr. Aber S ist üblicherweise am Montag und Donnerstag für die Zeit von 10.00 bis 16.00 in der Kanzlei tätig. Für eine weitere Nebentätigkeit verbleibt S keine Zeit.

Bei einer Betriebsprüfung Ende Juli 2003 wurde dies nicht beanstandet und auf einer S betreffenden Gehaltsabrechnung vom Betriebsprüfer die Worte „freie Mitarbeiterin“ vermerkt.

Bei einer weiteren Betriebsprüfung im Februar 2005 gelangte die BfA zu der Ansicht, S sei in der Beschäftigung schon früher versicherungspflichtig gewesen und die RAe Schnell & Reich zur Nachzahlung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen für den Zeitraum vom Juli 2003 bis zum Februar 2005 verpflichtet. Mit Bescheid vom 10. März 2005 setzte sie eine Nachforderung für die Rentenversicherungsbeiträge fest.

Hat ein Widerspruch der RAe Schnell & Reich Aussicht auf Erfolg?

1. Fall: Werkstudentenprivileg, Beschäftigungsverhältnis und Arbeitslosengeld (Hökendorf)

2. Abwandlung:

Die RAe legten keinen Widerspruch ein und beglichen die Forderungen.

Hat eine Klage vor dem Sozialgericht gegen die BfA auf Erstattung der von ihnen gezahlten Arbeitnehmeranteile aus dem „sozialrechtlichen Herstellungsanspruch“ Aussicht auf Erfolg, wenn die Klageschrift im Briefkasten des Rathauses Tiergarten eingeworfen wird?

3. Abwandlung:

Um die Wartezeit nach ihrem erfolgreichen Studium zu überbrücken, beginnt S wieder eine vollschichtige Tätigkeit als ReNo in der Kanzlei. Die Lage der Kanzlei verschlechtert sich aufgrund der allgemeinen wirtschaftlichen Entwicklung. Die RAe Schnell & Reich entschließen sich zu weiteren Kosteneinsparungen, deshalb verlängern sie den auf ein Jahr wirksam befristeten Arbeitsvertrag mit S nicht.

Hat S Anspruch auf Arbeitslosengeld, wenn sie sich nach Auslaufen des Vertrages persönlich bei der Arbeitsagentur meldet?

Lösungsentwurf:

(Der Entwurf ist sehr ausführlich und daher nicht mit den Anforderungen in einer Klausur vergleichbar. Sie können sich bei unproblematischen Aspekten bedeutend kürzer fassen.)

Ein Anspruch auf Abzug des Arbeitnehmeranteils vom Arbeitsentgelt könnte sich aus § 28 g SGB IV ergeben. Danach hat der Arbeitgeber einen Anspruch gegen die Beschäftigten auf den vom Beschäftigten zu tragenden Teil des Gesamtsozialversicherungsbeitrages. Der Gesamtsozialversicherungsbeitrag umfaßt nach § 28 d SGB IV die Beiträge zur Kranken-, Renten-, Pflege- und Arbeitslosenversicherung.

Fraglich ist daher, ob für S eine Beitragspflicht für die Tätigkeit bei RAe Schnell & Reich in den aufgezählten Bereichen besteht.

I. Gesetzliche Krankenversicherung

Eine Beitragspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung könnte sich aus § 249 SGB V ergeben. Hierfür müßte S in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis bezüglich der gesetzlichen Krankenversicherung stehen.

1. Versicherungsverhältnis

a) S könnte kraft Gesetzes nach § 5 I Nr. 1 SGB V versicherungspflichtig sein. Hierfür müßte sie in einem Beschäftigungsverhältnis gegen Entgelt stehen. Der Begriff des Beschäftigungsverhältnis ist in § 7 I S. 1 SGB IV als nichtselbständige Arbeit definiert. Anhaltspunkte für die Abgrenzung finden sich in Satz 2; nämlich die Tätigkeit nach Weisung und Eingliederung in die Arbeitsorganisation. Die Tätigkeit als Rechtsanwalts- und Notarhilfin unterliegt den Weisungen der RAe und ist eingegliedert in den Kanzleiablauf. S kann weder frei über ihre Arbeitskraft verfügen, noch die Art ihrer Tätigkeit bestimmen, so liegt zweifellos eine nichtselbständige Tätigkeit vor und damit auch ein Beschäftigungsverhältnis.

b) Für diese Tätigkeit könnte aber Versicherungsfreiheit nach § 6 I Nr. 3 SGB V bestehen, wenn S ordentliche Studierende einer Hochschule ist.

Hierzu ausführlich das Bundessozialgericht, Urteil vom 11.11.2003, B 12 KR 24/03 R:

„Die Rechtsprechung des BSG hat für die Versicherungsfreiheit auf Grund dieses Werkstudentenprivilegs nicht das formale Kriterium genügen lassen, dass es sich bei den Beschäftigten statusrechtlich um Studenten handelt. Die Versicherungsfreiheit verlangt vielmehr neben dem förmlichen Status des Studenten (Immatrikulation), dass das Studium Zeit und Arbeitskraft des Studenten überwiegend in Anspruch nimmt und er damit trotz Ausübung einer entgeltlichen Beschäftigung seinem Erscheinungsbild nach Student bleibt. Gesetzliches Leitbild des Werkstudentenprivilegs sind demnach Studierende, die neben ihrem Studium eine entgeltliche Beschäftigung ausüben, um sich durch Arbeit die zur Durchführung des Studiums und

zur Bestreitung ihres Lebensunterhalts erforderlichen Mittel zu verdienen. Die Beschäftigung ist demgemäß nur versicherungsfrei, wenn und solange sie "neben" dem Studium ausgeübt wird, ihm nach Zweck und Dauer untergeordnet ist, mithin das Studium die Hauptsache, die Beschäftigung die Nebensache ist (vgl BSG SozR 3-2500 § 6 Nr 16 mwN).

Die Frage, wann das Studium die Haupt- und die Beschäftigung die Nebensache ist, hat das BSG wiederholt beschäftigt und zu einer Vielzahl von Entscheidungen geführt. Der Sache nach lassen sich dabei zwei Fallgruppen unterscheiden.

a) Zum einen ging es um Studenten, die vor Aufnahme des Studiums noch nicht abhängig beschäftigt waren und die eine Beschäftigung erstmals während ihres Studiums aufgenommen hatten. Hier hat das BSG bei einer Beschäftigung während des Semesters im Wesentlichen darauf abgestellt, ob die Beschäftigung Zeit und Arbeitskraft des Studenten überwiegend in Anspruch nimmt. Es hat dies bei einer während des Semesters ausgeübten Beschäftigung bejaht, sofern deren zeitlicher Umfang wöchentlich 20 Stunden übersteigt (vgl zB BSGE 40, 93, 95 = SozR 2200 § 172 Nr 3; SozR 2400 § 2 Nr 3 S 3; BSGE 44, 164, 165 = SozR 4100 § 134 Nr 3). Eine in den von Studienanforderungen freien Semesterferien ausgeübte Beschäftigung steht dem Erscheinungsbild als Student auch dann nicht entgegen, wenn die genannte 20-Stunden-Grenze überschritten wird (BSGE 44, 164, 166 = SozR 4100 § 134 Nr 3; SozR 2200 § 172 Nr 12 S 23). Allerdings wird bei einem längeren Ausschöpfen der 20-Stunden-Grenze im Semester und einer vollschichtigen Beschäftigung in den Semesterferien das Erscheinungsbild eines Arbeitnehmers bestehen, weil dann insgesamt eine weit mehr als halbschichtige Beschäftigung ausgeübt wird. Andererseits hat das BSG eine wöchentliche Arbeitszeit von 20 Stunden im Semester später nicht (mehr) als absolute Grenze, wohl aber als ein wesentliches Beweiszeichen angesehen, dem bei der Würdigung des Gesamtbildes besonderes Gewicht zukommt (vgl BSGE 50, 25, 27 = SozR 2200 § 172 Nr 14; BSG SozR 2200 § 172 Nr 20 S 45, 47). Die genannte 20-Stunden-Grenze war an einer früher üblichen regelmäßigen wöchentlichen Arbeitszeit von 40 Stunden ausgerichtet. Es sind später gelegentlich Zweifel daran geäußert worden, ob an der 20-Stunden-Grenze festzuhalten ist, wenn die durchschnittliche wöchentliche Arbeitszeit auf weniger als 40 Stunden sinkt (vgl BSG SozR 3-2500 § 6 Nr 16 S 57). Der Senat hält einstweilen an der bisherigen Grenze fest. Sie ist bekannt und bewährt. Zudem ist gegenwärtig eher eine Entwicklung zu einer Verlängerung als zu einer Verkürzung der wöchentlichen Arbeitszeit zu beobachten.

b) Eine zweite Fallgruppe zeichnet sich dadurch aus, dass die Studenten eine vor Aufnahme des Studiums ausgeübte Beschäftigung auch während ihres Studiums fortgesetzt hatten. Das

BSG hat in diesen Fällen Versicherungsfreiheit regelmäßig verneint, auch wenn die Arbeitszeit mit Rücksicht auf das Studium verringert worden war (vgl BSGE 27, 192 = SozR Nr 3 zu § 1228 Reichsversicherungsordnung <RVO> zum Abendstudium an einer Bauschule neben einer Beschäftigung; BSGE 33, 229 = SozR Nr 14 zu § 172 RVO zur Ganztagsbeschäftigung neben tageweisem Studium; BSGE 39, 223 = SozR 2200 § 172 Nr 2 zur Beschäftigung mit Beurlaubung für Studienzeiten unter Zahlung einer Ausbildungsvergütung durch den Arbeitgeber; BSGE 41, 24 = SozR 2200 § 165 Nr 8 zur Beurlaubung für die Dauer des Studiums unter Fortzahlung des nur unwesentlich gekürzten Gehalts; BSGE 78, 229 = SozR 3-2500 § 6 Nr 11 zur Beschäftigung mit Sonderurlaub für ein Studium bei Zahlung einer Studienförderung). In all diesen Entscheidungen bestand zwischen der fortgeführten Berufstätigkeit und dem Studium ein enger innerer Zusammenhang, dem für die Feststellung des Erscheinungsbildes eine größere Bedeutung beigemessen wurde als der zeitlichen Inanspruchnahme durch die Beschäftigung. Mit Urteil vom 10. Dezember 1998 (SozR 3-2500 § 6 Nr 16), das zu dem Besprechungsergebnis der Spitzenverbände vom 6. Oktober 1999 (Die Beiträge 2000, 98, 112) führte, hat der Senat entschieden: Nicht als Werkstudent versicherungsfrei ist, wer nach Abschluss einer Berufsausbildung ein beruflich weiterführendes (berufsintegriertes) Studium absolviert, wenn er die Beschäftigung in dem erlernten Beruf während des Semesters als Teilzeitbeschäftigung und während der vorlesungsfreien Zeit als Vollzeitbeschäftigung ausübt. Ein Erreichen oder Überschreiten der 20-Stunden-Grenze sei nicht Voraussetzung für die Versicherungs- und Beitragspflicht.

c) Entgegen der Ansicht der beklagten Krankenkasse und der Spitzenverbände folgt aus dieser Entscheidung nicht, dass Versicherungsfreiheit nach § 6 Abs 1 Nr 3 SGB V, § 27 Abs 4 Satz 1 Nr 2 SGB III immer dann ausscheidet, wenn eine vor Aufnahme des Studiums ausgeübte Beschäftigung fortgeführt wird, selbst wenn das Arbeitsverhältnis vom Umfang her den Erfordernissen des Studiums angepasst wird und der Studiengang mit der Beschäftigung nicht in einem Zusammenhang steht. Vielmehr kam es auch in dieser Entscheidung darauf an, ob die Beschäftigung "neben" dem Studium ausgeübt wurde und ihm nach Zweck und Dauer untergeordnet oder ob das Studium von der weiterhin ausgeübten Beschäftigung geprägt war. Die Klägerin jenes Verfahrens, eine Bankangestellte, studierte an einer von Banken getragenen privaten Fachhochschule für Bankwirtschaft Betriebswirtschaftslehre. Zu diesem Zweck hatte sie während des Semesters die Arbeitszeit auf 19,5 Stunden in der Woche verringert, wobei sie abwechselnd an zwei oder drei Tagen in der Woche studierte und an den übrigen Tagen der Woche bei ihrem bisherigen Arbeitgeber arbeitete. Außerhalb der Vorlesungszeit arbeitete sie dort 38 Stunden in der Woche (vgl BSG SozR 3-2500 § 6 Nr 16

S 52). Nach der damaligen Entscheidung des Senats hatte das LSG bei dem festgestellten Sachverhalt Versicherungsfreiheit ohne Rechtsfehler verneint. Auch in Fällen der Fortsetzung einer früher ausgeübten Beschäftigung war entscheidend darauf abzustellen, ob die Beschäftigung dem Studium nach Zweck und Dauer untergeordnet war, und dieses dort zu verneinen.

Besteht zwischen dem Studium und der weiter ausgeübten Beschäftigung kein prägender innerer Zusammenhang, kommt es für die Annahme von Versicherungsfreiheit maßgeblich auf die zeitliche Unterordnung der Beschäftigung unter das Studium an. Insoweit ist aus Gründen der Gleichbehandlung auch bei Studenten, die erst während einer Beschäftigung ein Studium aufnehmen, von der 20-Stunden-Grenze auszugehen. Art 3 Abs 1 des Grundgesetzes (GG), der auch die Gerichte bei ihrer Auslegung des Gesetzes bindet (vgl Art 1 Abs 3 GG), verbietet es, eine Gruppe von Normadressaten im Vergleich zu anderen Normadressaten anders zu behandeln, obwohl zwischen beiden Gruppen keine Unterschiede von solcher Art und solchem Gewicht bestehen, dass sie die unterschiedliche rechtliche Behandlung rechtfertigen könnten. Die für die Rechtfertigung der Versicherungsfreiheit beschäftigter Studenten (Werkstudentenprivileg) in Betracht zu ziehenden Erwägungen (zum Meinungsstand die Nachweise bei Felix, SozVers 2002, 116 ff) lassen es nicht zu, Studenten, die bereits vor der Aufnahme des Studiums beschäftigt waren, die Versicherungsfreiheit generell zu versagen und sie damit anders zu behandeln als Studenten, die erst während des Studiums eine Beschäftigung aufnehmen. Soweit durch das Studentenprivileg Studenten zur Finanzierung ihres Studiums wirtschaftlich von Beiträgen entlastet werden sollen, trifft dieser Gesetzeszweck auch auf Studenten zu, die ihre bisherige Beschäftigung im Hinblick auf ihr Studium einschränken und entsprechend geringere Arbeitsentgelte erzielen. Im Übrigen dürfte es oft von Zufällen abhängen, ob ein Student Gelegenheit hat, bei seinem bisherigen Arbeitgeber weiter zu arbeiten, oder ob er sich nach Beendigung der bisherigen Beschäftigung einen neuen Arbeitgeber oder eine andere Beschäftigung sucht.“

S ist nur 15 Stunden in der Kanzlei tätig. Wenn der zeitliche Aspekt maßgeblich ist, besteht keine versicherungspflichtige Beschäftigung im Rahmen der gesetzlichen Krankversicherung. Eine solche liegt aber unabhängig von der zeitlichen Belastung vor, wenn ein prägender innerer Zusammenhang zwischen dem Studium und der ausgeübten Tätigkeit besteht. Die genaue Umschreibung für diesen Zusammenhang ist vollkommen unklar, da das BSG die Kriterien nicht darlegt. Sicher ist nur, daß nicht jeder Zusammenhang ausreichend sein kann, da sonst das Werkstudentenprivileg weitgehend leerlaufen würde. Üblicherweise stehen die Nebentätigkeiten im Zusammenhang mit dem Studienfach, zum Beispiel student-

sche Hilfskraft oder Tätigkeiten bei einem Anwalt. Ein prägender innerer Zusammenhang muß über diese „Gleichartigkeit“ hinausgehen, zum Beispiel die Tätigkeit wird mit den Studienfächern abgestimmt und das Erlernte wird in den Beruf getragen. Im Fall sind solche Aspekte nicht ersichtlich, insbesondere die Tätigkeit im Büro als ReNo wird von einer juristischen Ausbildung nicht beeinflusst, so ist allein der zeitliche Aspekt maßgeblich und S versicherungsfrei in der Beschäftigung. Daher bestehen keine Beitragspflicht und kein Anspruch auf Abzug vom Entgelt hinsichtlich der Beiträge zur Krankenversicherung.

(Als Studentin ist S nach § 5 Abs. 1 Nr. 9 SGB V versicherungspflichtig und selbst beitragspflichtig gemäß § 254 SGB V.)

II. Pflegeversicherung

Die Versicherungspflicht in der Pflegeversicherung läuft nach § 20 Abs. 1 S. 1 SGB XI mit derjenigen der Krankenkasse gleich, so ist S auch hier versicherungsfrei und beitragsfrei in der Beschäftigung in der Kanzlei.

(Als Studentin trägt S die Beiträge selbst nach § 59 Abs. 1 SGB XI.)

III. Rentenversicherung

Die Beitragspflicht in der Rentenversicherung ergibt sich aus §§ 168, 174 SGB VI. Die Versicherungspflicht findet sich in § 1 S. 1 Nr. 1 SGB VI. Das Werkstudentenprivileg wurde für die Rentenversicherung abgeschafft, so bestehen keine Probleme hinsichtlich einer möglichen Versicherungsfreiheit.

Daher ist die Tätigkeit der S versicherungs- und beitragspflichtig. Ein Anspruch auf Abzug vom Entgelt besteht.

IV. Arbeitslosenversicherung

Die Versicherungspflicht in der Arbeitslosenversicherung ergibt sich aus §§ 24, 25 SGB III (Beitragspflicht nach § 346 SGB III). Das Werkstudentenprivileg des § 27 Abs. 4 Nr. 2 SGB III knüpft wiederum an dem Merkmal „ordentlicher Student“ an und ist einschlägig.

S ist daher versicherungsfrei und Beiträge sind nicht abzuführen.

V. Ergebnis

Ein Anspruch auf Einbehaltung eines Teils des Lohnes besteht nach § 28 g SGB IV nur hinsichtlich der Beiträge für die Rentenversicherung.

1. Abwandlung:

Der Widerspruch ist erfolgreich, wenn er zulässig und begründet ist.

Die Einlegung eines Widerspruches ist grundsätzlich möglich. Der Widerspruch ist nach § 78 SGG vor einer Anfechtungsklage (vgl. § 54 Abs. 1 S. 1 SGG) zu erheben. Der Weg zu den Sozialgerichten ist nach § 51 SGG eröffnet.

I. Zulässigkeit

Die RAe Schnell & Reich sind widerspruchsbefugt (analog § 54 Abs. 1 S. 2 SGG), da sie Adressat eines belastenden Verwaltungsaktes – unproblematisch der Bescheid nach § 31 SGB X - sind.

Es ist davon auszugehen, daß der Widerspruch form- und fristgerecht nach § 84 SGG ist, da hierzu keine Angaben im Sachverhalt vorhanden sind.

II. Begründetheit

Der Widerspruch ist begründet, wenn der Bescheid zumindest rechtswidrig ist, da ein solcher nie zweckmäßig sein kann im Sinne von § 78 SGG.

1. Formelle Rechtmäßigkeit

Die BfA ist nach § 28 p Abs. 1 S. 1 SGB IV als Träger der Rentenversicherung für die Prüfung bei den Arbeitgebern zuständig. Eine Zuständigkeit der Einzugsstelle – Krankenkasse - nach § 28 h Abs. 2 SGB IV ist nach § 28 p Abs. 1 S. 5 SGB IV ausgeschlossen. Eine Anhörung hätte nach § 24 Abs. 1 SGB X erfolgen müssen, da der Bescheid einen belastenden Verwaltungsakt darstellt. Dieser Fehler kann aber mit Erlaß des Widerspruchsbescheides, der sich sachlich mit dem Widerspruch auseinandersetzt, geheilt werden nach § 41 Abs. 1 Nr. 3 SGB X

2. Materielle Rechtmäßigkeit

Nach § 28 p Abs. 1 S. 5 SGB IV kann die BfA im Rahmen der Prüfung Verwaltungsakte zur Versicherungspflicht und Beitragshöhe gegenüber dem Arbeitgeber erlassen. Voraussetzung für eine Beitragsnachforderung ist das Bestehen eines Anspruchs auf den Beitrag.

a) Für eine mögliche Beitragspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung – andere Möglichkeiten scheiden aufgrund des Werkstudentenprivilegs von vornherein aus - nach §§ 168, 174 SGB VI müßte gemäß § 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vorliegen.

Hierzu das Bundessozialgericht, Urteil vom 12.2.2004, B 12 KR 26/02 R:

„Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Danach 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 er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. 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 frei gestaltete 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 letztere den Ausschlag (BSGE 45, 199, 200 ff = SozR 2200 § 1227 Nr 8 S 16; SozR 3-2400 § 7 Nr 13 S 31 f und Nr 19 S 69 f, jeweils mwN; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung BVerfG, Kammerbeschluss, SozR 3-2400 § 7 Nr 11).“

[Weitere Fundstellen:

Familienangehöriger	BSG, Urteil vom 21. April 1993 – 11 RAr 67/92 = NJW 1994, 341
GmbH-Geschäftsführer	BSG, Urteil vom 17. Mai 2001 – B 12 KR 34/00 = NZS 2001, 644
	BSG, Urteil vom 18. Dezember 2001 – B 12 KR 10/01 = NJW-RR 2002, 758]

Der Vertrag geht über die freie Mitarbeit der S, aber maßgeblich sind nicht die vertraglichen Vereinbarungen sondern die tatsächlichen Verhältnisse. Für eine Eingliederung in den Betrieb sprechen die festen Anwesenheitszeiten der S und die Nutzung der technischen Ausstattung. Weiterhin ist die Tragung eines unternehmerischen Risikos durch S nicht erkennbar. Die Kriterien der bisherigen Vermutungsregelung in § 7 Abs. 4 SGB IV a. F. können auch herangezogen werden, so wird S nur für einen Auftraggeber tätig, erbringt für Beschäftigte typische Arbeitsleistungen und beschäftigt keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer. Das Gesamtbild der Arbeitsleistung spricht für eine nichtselbständige Tätigkeit, so liegt ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis vor.

b) Daher ist der Bescheid rechtmäßig und der Widerspruch erfolglos.

2. Abwandlung:

Die Klage ist erfolgreich, wenn sie zulässig und begründet ist.

[Ein Vorgehen gegen S wegen der gesamten Summe scheidet nicht nach § 28 g SGB IV aus, da nach S. 3 ein Lohnabzug nur für die nächsten drei Monate möglich ist, wenn den Arbeitgeber kein Verschulden trifft. Hinsichtlich des Verschuldens ist der Sachverhalt mißverständlich. Als Beispiel für ein mangelndes Verschulden findet sich in BT-Drucks. 11/2221 S. 24 „von einer zuständigen Stelle eine unrichtige Auskunft erhalten hat“. Trotz der großen Anforderungen an die Sorgfaltspflichten des Arbeitgebers, dürfte in diesem Fall ein Verschulden nicht vorliegen. Damit die Abwandlung ihren Sinn behält, muss der Abzug aus einem anderen Grund ausgeschlossen sein, zum Beispiel ein rechtskräftiges Urteil auf Zahlung des vollen Entgeltes. Nach diesen Ausführungen zum Sinn der Fallgestaltung behält die weitere Lösungsskizze ihre Gültigkeit.]

Die Sozialgerichtsbarkeit ist nach § 51 Abs. 1 SGG eröffnet.

I. Zulässigkeit

Vorliegend handelt es sich um eine Leistungsklage nach § 54 Abs. 5 SGG. Die Klageschrift sollte den Anforderungen des § 92 SGG entsprechen. Das Bezirksamt muß nach § 91 Abs. 2 SGG die Klageschrift unverzüglich an das zuständige Gericht weitergeben.

Daher ist die Klage trotz des falschen Briefkastens zulässig.

(Zur Fristwahrung beachte die Gefahren bei der Weiterleitung eines ungeöffneten Briefes (vgl. BSG, Urteil vom 08.05.1990 - 2 BU 14/90 = NJW 1990, 2836)!)

II. Begründetheit

Die Klage ist begründet, wenn den RAe Schnell & Reich ein Anspruch auf Erstattung der gezahlten aber nicht einbehaltenen Arbeitnehmeranteile zusteht.

Ein solcher könnte sich aus dem sozialrechtlichen Herstellungsanspruch ergeben.

Dessen Voraussetzungen sind folgende:

- Der Anspruchsteller muss ein bestimmtes soziales Recht (oder ein bundesgesetzlich ausgestaltetes Verfahrensrecht) innehaben (oder innegehabt haben), das sich gerade gegen den Leistungsträger richtet, von dem er Herstellung begehrt;
- er muss in dem sozialen Recht dadurch beeinträchtigt worden sein, dass der verpflichtete Leistungsträger durch ein ihm sozialrechtlich zuzurechnendes rechtswidriges Verhalten (Eingriff, Behinderung oder Unterlassen einer gebotenen Förderung) eine Haupt- oder Nebenpflicht aus dem jeweiligen Sozialrechtsverhältnis verletzt hat, die ihm gerade gegenüber dem Anspruchsteller zum Schutz des Rechts oblag;

- die Pflichtverletzung muss die wesentliche, dh zumindest gleichwertige Bedingung dafür gewesen sein, dass das beeinträchtigte Recht (ggf für den jeweiligen Zeitraum) dem Rechtsinhaber nicht, nicht mehr oder nicht in dem vom Primärrecht bezweckten Umfang zusteht.

[Weitere Urteile:

BSG, Urteil vom 14. Februar 2001 – B 9 V 9/00 R = NZS 2001, 599

BSG, Urteil vom 18. April 1997 – 8 C 18/95 = NJW 1997, 966]

Hierzu BSG, Urteil vom 11.01.1999 – B 12 KR 10/99 = NZS 2000, 610 (611):

Der sozialrechtliche Herstellungsanspruch ist ein vom BSG entwickeltes Rechtsinstitut, das an die Verletzung behördlicher Auskunft-, Beratungs- und Betreuungspflichten im Sozialrechtsverhältnis anknüpft. Der Anspruch soll „als Institut des Verwaltungsrechts eine Lücke im Schadensersatzrecht schließen“ (vgl BSGE [55](#), [261](#), [263f](#) = SozR 2200 § 1303 Nr 27). Er ist aber nicht auf die Gewährung von Schadensersatz iS einer Kompensationsleistung in Geld, sondern auf Naturalrestitution gerichtet, dh auf Vornahme einer Handlung zur Herstellung einer sozialrechtlichen Position iS desjenigen Zustandes, der bestehen würde, wenn der Sozialleistungsträger die ihm aus dem Sozialrechtsverhältnis erwachsenen Nebenpflichten ordnungsgemäß wahrgenommen hätte (vgl BSGE [65](#), [21](#), [26](#) = SozR 4100 § 137 Nr 12). Die begehrte Amtshandlung muss ihrer Art nach zulässig sein (vgl BSGE [50](#), [25](#), [29](#) = SozR 2200 § 172 Nr 14), wobei nicht alle Voraussetzungen gesetzlich geregelter Amtshandlungen vorzuliegen brauchen; anderenfalls bedürfte es des Herstellungsanspruchs nicht (BSGE [61](#), [175](#), [178](#) = SozR 1200 § 14 Nr 24).

Die Kl. begehrt hier eine sozialrechtlich nicht vorgesehene Rechtsfolge. Ihr ist zwar dadurch ein Schaden entstanden, dass sie die auf S entfallenden Arbeitnehmeranteile von ihm nicht mehr erhalten kann (vgl § [28g](#) SGB IV und das rechtskräftige Urteil des ArbG). Der Ausgleich dafür, um den es der Kl. nunmehr geht, ist jedoch auf eine vom Gesetz nicht vorgesehene Amtshandlung der Einzugsstelle oder Prüfstelle gerichtet, die nicht Ziel und Gegenstand des sozialrechtlichen Herstellungsanspruchs sein kann (vgl BSGE [49](#), [76](#), [80](#) = SozR 2200 § 1418 Nr 6; BSG SozR 3-2400 § 26 Nr 8 S 44). Das SGB sieht an keiner Stelle vor, dass der Arbeitnehmeranteil am Gesamtsozialversicherungsbeitrag von der Einzugsstelle oder der Prüfungsbehörde getragen wird oder für die Versicherungsträger entfällt. Das Begehren der Kl. ist daher auf Schadensersatz in Geld, aber nicht darauf gerichtet, einen vom Gesetz vorgesehenen rechtmäßigen Zustand herzustellen, wie er bestünde, wenn sich die Behörde ordnungsgemäß verhalten hätte. Für einen solchen auf § [839](#) BGB iVm Art [34](#) GG gestützten

Schadensersatz in Geld sind nicht die Gerichte der Sozialgerichtsbarkeit, sondern die Zivilgerichte zuständig (BSGE [47](#), [194](#), [200](#) = SozR 2200 § 1399 Nr 11; BSGE [50](#), [25](#), [29](#) = SozR 2200 § 172 Nr 14).

(Ergänzend zum Fall, aber von der Fallfrage nicht erfaßter Anspruch)

Der geltend gemachte Zahlungsanspruch ergibt sich auch nicht aus positiver Forderungsverletzung. Unter dieses gewohnheitsrechtlich anerkannte Rechtsinstitut fallen alle Pflichtverletzungen im Rahmen eines vertraglichen oder gesetzlichen Schuldverhältnisses, die nicht zur Unmöglichkeit oder zum Verzug der Leistung führen und deren Folgen nicht von den gesetzlichen Gewährleistungsvorschriften erfaßt werden. Die vom Schuldner zu vertretende Verletzung derartiger Nebenpflichten begründet für den anderen Partner des Schuldverhältnisses einen Schadensersatzanspruch (vgl Palandt/Heinrichs, BGB, 59. Aufl 2000, § 276 Rdnrn 104ff mwN). Dieser hat die gleiche Rechtsnatur wie diejenige Pflicht, aus deren Verletzung er entstanden ist.

Die Grundsätze der positiven Forderungsverletzung gelten als Ausdruck allgemeiner Rechtsgedanken sinngemäß auch für öffentlich-rechtliche Sonderbeziehungen, sofern diese privatrechtlichen Schuldverhältnissen vergleichbare Leistungs- und Obhutsbeziehungen zum Gegenstand haben (BGHZ [59](#), [303](#), [305](#); Palandt/Heinrichs, aaO, § 276 Rdnr 130), „ein besonders enges Verhältnis“ des einzelnen zur Verwaltung besteht und mangels gesetzlicher Regelung ein Bedürfnis nach einer angemessenen Verteilung der Verantwortung innerhalb des öffentlichen Rechts vorliegt (vgl BSGE [74](#), [139](#), [146](#) = SozR 3-1300 § 98 Nr 1, BGHR 21, 214, 218, BGH NJW [1963](#), [1828](#)). Vertragliche oder zumindest vertragsähnliche Sonderbeziehungen liegen im Sozialrecht etwa bei einem Auftragsverhältnis zwischen Sozialleistungsträgern iS der §§ [88ff](#) SGB X oder einem sonstigen öffentlich-rechtlichen Vertrag iS von §§ [53ff](#) SGB X vor, nicht aber bei Rechten und Pflichten, die sich unmittelbar aus dem Gesetz ergeben (vgl BSGE [73](#), [217](#), [221](#) = SozR 3-2200 § 393a Nr 3 zum Verhältnis der Zahlstellen von Versorgungsbezügen zu den Krankenkassen).

Eine solche, die positive Forderungsverletzung eröffnende vertragsähnliche Sonderbeziehung besteht im Verhältnis zwischen Einzugsstelle und Arbeitgeber nicht, soweit es um den Einzug von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen geht (offengelassen vom 1. Senat des BSG in BSGE [74](#), [139](#), [146](#) = SozR 3-1300 § 98 Nr 1). Der Arbeitgeber ist für die eigenständige Prüfung, ob ein bestimmter Arbeitnehmer versicherungs- und beitragspflichtig ist und in welcher Höhe für ihn Gesamtsozialversicherungsbeiträge zu zahlen und an die Einzugsstelle abzuführen sind. Seine Indienstnahme als Privater für die Beitragsberechnung und Beitragsabführung (vgl BSGE [41](#), [297](#), [298](#) = SozR 2200 § 1399 Nr 4; BSGE [57](#), [253](#), [254](#) = SozR 2200 § 396 Nr 1) ändert aber nichts daran, dass er damit nur einige gesetzliche Pflichten erfüllt. Er wird insoweit nicht kraft Auftrags oder einer sonstigen vertragsähnlichen Sonderbeziehung für die Einzugsstelle tätig.

Die Indienstnahme des Arbeitgebers für die Erfassung und Abführung der aus dem Arbeitsentgelt zu berechnenden Gesamtsozialversicherungsbeiträge ist zulässig, auch wenn der Arbeitgeber dadurch mit der Gefahr belastet wird, unter Umständen auch den Arbeitnehmeranteil selbst tragen zu müssen (vgl BSG NZA [1988](#), [629](#)). Der Arbeitgeber kann dieses Risiko dadurch begrenzen, dass er in Zweifelsfällen eine förmliche Entscheidung der Einzugsstelle über die Versicherungs- und Beitragspflicht eines Arbeitnehmers durch Verwaltungsakt herbeiführt (vgl BSG SozR 3-2400 § 26 Nr 7 S 35), die nur nach Maßgabe der §§ [44ff](#) SGB X wieder aufgehoben werden kann. Im übrigen treffen die Einzugsstelle Fürsorgepflichten gegenüber den Indienstgenommenen. Wie weit diese bei einer Betriebsprüfung reichen und ob die Einzugsstelle sie hier verletzt hat, brauchte der Senat nicht zu entscheiden. Denn jedenfalls könnte eine Pflichtverletzung der vorliegenden Schadenersatzklage im Sozialrechtsweg

nicht zum Erfolg verhelfen. Vielmehr kommt insofern allenfalls ein Schadenersatzanspruch nach § [839](#) BGB iVm Art [34](#) GG in Betracht (oben 2.).

III. Die Klage ist unbegründet und hat daher keine Aussicht auf Erfolg.

3. Abwandlung:

S könnte nach § 117 I SGB III einen Anspruch auf Arbeitslosengeld haben. Dies setzt voraus nach § 118 I SGB III

- Arbeitnehmereigenschaft
- Arbeitslosigkeit
- Meldung bei der Agentur für Arbeit
- Erfüllung der Anwartschaftszeit

I. Arbeitnehmer

Arbeitnehmer ist derjenige, der im Zeitpunkt der Arbeitslosmeldung und während der Zeit der anschließenden faktischen Beschäftigungslosigkeit für die Dauer des Arbeitslosengeldanspruchs nach den Gesamtumständen des Einzelfalles dem Kreis von Personen zuzurechnen ist, der andernfalls in dieser Zeit eine abhängige Beschäftigung von mehr als geringfügigem Inhalt ausüben würde. S ist Arbeitnehmerin in diesem Sinne.

II. Arbeitslosigkeit

S müsste arbeitslos sein nach § 119 SGB III. Dies setzt voraus, dass sie gem. Nr. 1 beschäftigungslos ist, gem. Nr. 2 sich auf Beschäftigungssuche befindet und nach Nr. 3 verfügbar ist.

1. Beschäftigungslosigkeit nach § 119 I Nr. 1 SGB III

Beschäftigungslos ist, wer nicht in einem Beschäftigungsverhältnis steht. Nach der Kündigung des Vertrages fehlt es an einem Beschäftigungsverhältnis, daher ist S beschäftigungslos.

2. Beschäftigungssuche nach § 119 I Nr. 2 SGB III

Weiterhin müsste die S nach § 119 I Nr. 2 SGB III auf Beschäftigungssuche sein. Das ist der Fall, wenn nach § 119 IV SGB III S alle Möglichkeiten nutzt und nutzen will, um ihre Beschäftigungslosigkeit zu beenden.

Unter der Nutzung aller Möglichkeiten werden umfassende Eigenbemühungen des Arbeitslosen verstanden. Hierbei handelt es sich um die aktive Beschäftigungssuche durch den Arbeitslosen, der selbst verantwortlich ist für die Wiedereingliederung in einen neuen Beruf.

Eine mangelnde Nutzung der Möglichkeiten durch S sind dem Sachverhalt nicht zu entnehmen.

3. Verfügbarkeit nach § 119 I Nr. 3 SGB II

Die Verfügbarkeit setzt sich zusammen nach § 119 V SGB III aus

- Arbeitsfähigkeit
- zeitnahe Folgeleistung
- Arbeitsbereitschaft
- Eingliederungsbereitschaft

Die Definition der Arbeitsfähigkeit ergibt sich aus § 119 V Nr. 1 SGB III. Zweifel an der Arbeitsfähigkeit der S und den anderen Voraussetzungen bestehen nicht.

III. Anwartschaftszeit erfüllt

S müsste die Wartezeit nach § 123 SGB III erfüllt haben, wenn sie in der Rahmenfrist von drei Jahren des § 124 SGB III mindestens zwölf Monate in einem Versicherungspflichtverhältnis gestanden hat. S war ein Jahr lang vor der Arbeitslosigkeit in einem Beschäftigungsverhältnis.

IV. Meldung beim Arbeitsamt

Eine Meldung beim Arbeitsamt, die persönlich gem. § 122 SGB III zu erfolgen hat, nach § 323 I S. 1 SGB III liegt vor.

Die Meldung erfolgte aber entgegen § 37 b S. 2 SGB III nicht drei Monate vor Beendigung des Beschäftigungsverhältnisses.

V. Altersgrenze nach § 117 II SGB III

Ein Überschreiten der Altersgrenze von 65 Jahren ist nicht ersichtlich.

VI. Ergebnis

S hat einen Anspruch auf Arbeitslosengeld, welcher aber gekürzt werden kann nach § 140 SGB III, da sie die Meldepflicht nach § 37 b SGB III nicht rechtzeitig erfüllte.