

L 9 KR 284/14

Land

Berlin-Brandenburg

Sozialgericht

LSG Berlin-Brandenburg

Sachgebiet

Krankenversicherung

Abteilung

9

1. Instanz

SG Berlin (BRB)

Aktenzeichen

S 211 KR 1940/11

Datum

30.06.2014

2. Instanz

LSG Berlin-Brandenburg

Aktenzeichen

L 9 KR 284/14

Datum

29.03.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Schließt ein Auftraggeber, der über eine Genehmigung zur Arbeitnehmerüberlassung verfügt, mit einem Auftragnehmer einen „Vertrag über freie Mitarbeit“, nachdem er zuvor mit Wissen des Auftragnehmers mit einem Entleiher einen Vertrag nach [§ 12 AÜG](#) bezüglich der Überlassung dieses Auftragnehmers geschlossen hat, ist der „Vertrag über freie Mitarbeit“ offenkundig nicht ernsthaft gewollt, soweit hierdurch eine Beschäftigung i.S.v. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) vermieden werden soll.

2. Wer in vielfältiger Weise die Arbeitsmittel und Infrastruktur seines Auftraggebers nutzt und mit dessen Personal täglich zusammenarbeitet (z.B. auf der Grundlage einer Weisungsbefugnis diesem gegenüber sowie durch Besprechungen und Mitentscheidungsrechte), ist in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers eingegliedert.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 30. Juni 2014 aufgehoben. Die Klage wird abgewiesen. Die Kosten des Rechtsstreits tragen die Klägerin zu 3/10 und die Beklagte zu 7/10. Die Beigeladenen tragen ihre außergerichtlichen Kosten selbst. Die Revision wird nicht zugelassen.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten noch um die Frage, ob der Beigeladene zu 1) aufgrund seiner Tätigkeit für die Klägerin in der Zeit vom 15. April bis zum 31. Dezember 2010 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung (GKV) und der sozialen Pflegeversicherung (SPV) unterlag.

Die klagende GmbH verfügt zumindest seit 2009 – entsprechend ihres Unternehmensgegenstandes – über eine unbefristete Erlaubnis zur gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung nach [§§ 1 und 2 Arbeitnehmerüberlassungsgesetz \(AÜG\)](#). Im Zusammenhang mit einer Ausschreibung für die Maßnahme "Koordination als Bauherrnvertreter der Ausbaugewerke Terminal" (Vergabe Nr. A 35 00 1064) forderte die F GmbH (Beigeladene zu 4), damals firmierend als F B GmbH, die Klägerin unter dem 9. März 2010 zur Abgabe eines Angebots auf. Die Klägerin gab ein den u.g. "Arbeitnehmerüberlassungsvertrag" (AÜV) umfassendes Angebot ab, welchem die Beigeladene zu 4) am 17. März 2010 den Zuschlag erteilte. Der AÜV hat im Wesentlichen folgenden Inhalt: § 2 Überlassung

1. Der Verleiher verpflichtet sich, dem Entleiher den nachfolgend aufgeführten Arbeitnehmer zum Einsatz in dessen Betrieb voraussichtlich im Zeitraum vom 15.04.2010 bis 31.05.2011 zu überlassen.

Der ANÜ Vertrag steht unter der aufschiebenden Bedingung der Vorlage der Erlaubnis gemäß § 1 dieses Vertrages (gemäß Art. 1 § 1 Abs. 1 des Gesetzes zur Regelung der gewerbsmäßigen Arbeitnehmerüberlassung - AÜG).

Name, Vorname: E geboren:

Staatsangehörigkeit: Deutsch

vorgesehene Tätigkeit: Koordination als Bauherrnvertreter der Ausbaugewerke Terminal

Einsatz und Einsatzbereich: Bereich Planung und Bau BBI

Monatspauschale, netto inkl. Überstunden für die Entleihe: 17.200,00 Euro Tagespauschale, netto inkl. Überstunden für die Entleihe: 860,00

Euro

2. Bei Bedarf behält sich die FB vor, eine Option (1) für eine Vertragsverlängerung für die Personalgestellung in vollen Monaten bis zu maximal 6 Monaten zu beauftragen. Der Verleiher hat keinen Rechtsanspruch auf das Beauftragen der Option.

§ 5 Vergütung

Der Entleiher hat dem Verleiher für jeden Leiharbeitnehmer die für diesen vereinbarte Vergütung (siehe § 2) zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer zu zahlen.

Die Abrechnung der Leistungen erfolgt nach der vereinbarten Monatspauschale für jeden vollen Arbeitsmonat. Bei Unterbrechungen der Einsatzzeit des Arbeitnehmers erfolgt die Vergütung auf Basis der vereinbarten Tagespauschale.

Die wöchentliche Arbeitszeit der überlassenen Arbeitnehmer beträgt 40 Stunden.

Etwaige vom Arbeitnehmer zur Erfüllung der übertragenen Leistungen geleistete oder notwendige Überstunden sind mit der vereinbarten Monatspauschale/Tagespauschale abgegolten.

§ 6 Direktionsrecht

Der Entleiher darf den Leiharbeitnehmer nur mit den Arbeiten beschäftigen, die in § 2 des Vertrages aufgeführt sind. Er darf deshalb nur die Arbeitsmittel benutzen, die zur Durchführung dieser Tätigkeit erforderlich sind.

Der Entleiher ist berechtigt, den Leiharbeitnehmer hinsichtlich der konkreten Ausgestaltung der Tätigkeit Weisungen zu erteilen und die Arbeitsausführung zu überwachen.

§ 8 Haftung

Der Verleiher übernimmt die Gewähr dafür, dass die Leiharbeitnehmer für die Ausführung der in § 2 dieses Vertrages bezeichneten Arbeiten geeignet sind. Über die Auswahl des Leiharbeitnehmers hinaus trifft den Verleiher keine Haftung für etwaige von dem Leiharbeitnehmer ausgeführten Arbeiten.

§ 9 Kündigung

Verleiher und Entleiher können den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag mit einer Frist von zwei Wochen zum Monatsende kündigen. Die Kündigung bedarf zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform.

Wird die Option (1) nicht beauftragt, endet der Vertrag am 31.12.2011 ohne dass es einer Kündigung bedarf.

Im Übrigen sind auch die Regelungen in den dem Vertrag beigefügten Anlagen Bestandteil dieses Vertrages.

In der Folgezeit verlängerte die Beigeladene zu 4) wiederholt die Laufzeit des AÜV gemäß entsprechender klägerseitig eingeräumter Optionen, zuletzt bis zum 31. März 2013, kündigte ihn aber unter dem 30. August 2012 zum 30. September 2012.

Der 1943 geborene Beigeladene zu 1), ein Diplom Ingenieur, war am 2. Februar 2007 als Bezieher von Arbeitslosengeld II pflichtversichert in der GKV und bezog ab dem 1. Februar 2008 eine Regelaltersrente. Unter dem 12. April 2010 schlossen er und die Klägerin einen "Vertrag über freie Mitarbeit" (VfM) mit u.a. folgenden Vereinbarungen:

§ 1 Tätigkeit

Herr Dipl.-Ing. E wird ab dem 15.04.2010 bis zum Projektende voraussichtlich 05/2011

die Aufgaben eines Koordinator als Bauherrnvertreter der Ausbaugewerke Terminal bei der F GmbH mit folgenden Tätigkeiten übernehmen: Näher beschrieben in Vergabe Nr. Ergänzend wird hier auf das Vergabeverfahren verwiesen. Bei Bedarf behält sich der Auftraggeber vor, eine Option für eine Vertragsverlängerung für die Personalgestellung in vollen Monaten bis zu maximal 6 Monaten zu beauftragen. Der Auftragnehmer hat keinen Rechtsanspruch auf das Beauftragen. Der Auftragnehmer hat keinen Rechtsanspruch auf das Beauftragen der Option.

Der Auftraggeber ist berechtigt, die Option bis auf drei Wochen vor Beendigung des Vertrages abzurufen. Die Vergütung für die Leistung in diesem Zeitraum entspricht der Monatspauschale bzw. dem Tagessatz gemäß § 8 Ziffer 1 und 2.

§ 2 Weisungsfreiheit

(1) Der Auftragnehmer unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten keinen Weisungen des Auftraggebers. Er ist in der Gestaltung seiner Tätigkeit (Zeit, Dauer, Art und Ort der Arbeitsausübung) selbständig tätig und vollkommen frei. Auf besondere betriebliche Belange des Kunden im Zusammenhang mit seiner Tätigkeit ist jedoch Rücksicht zu nehmen.

(2) Der Auftragnehmer ist an keinerlei Vorgaben zum Arbeitsort oder zur Arbeitszeit gebunden. Projektbezogene Zeitvorgaben des Auftraggebers sind allerdings einzuhalten, ebenso fachliche Vorgaben des Auftraggebers soweit diese zur ordnungsgemäßen Vertragsdurchführung erforderlich sind.

(3) Der Auftragnehmer ist ferner berechtigt, Aufträge des Auftraggebers ohne Ablage von Gründen abzulehnen.

(4) Gegenüber den Angestellten des Auftraggebers hat der Auftragnehmer keine Weisungsbefugnis.

§ 3 Leistungserbringung

(1) Der Auftragnehmer ist verpflichtet, die Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen. Die Hinzuziehung eigener Mitarbeiter oder die Vergabe von Unteraufträgen bedarf der vorherigen Zustimmung des Auftraggebers.

(2) Der Auftragnehmer übt seine Tätigkeit in den vom Kunden zur Verfügung gestellten Räumlichkeiten aus. Soweit in Einzelfällen eine betriebliche Anwesenheit erforderlich wird, stellt der Auftraggeber nach jeweiliger vorheriger Absprache die entsprechenden Einrichtungen zur Verfügung.

§ 7 Honorar

(1) Es wird ein Monatshonorar von Euro 15 000 in Worten fünfzehntausend (in Worten fünfzehntausend Euro) oder einem Tagessatz bei 20 Arbeitstagen/Monat von Euro 750 (in Worten siebenhundertfünfzig Euro) zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer vereinbart, fällig binnen einer Woche nach Rechnungslegung. (2) Es gilt eine 40 Std. Woche als vereinbart. Etwaige vom Auftragnehmer zur Erfüllung der übertragenen Leistungen geleistete oder notwendige Überstunden sind mit der vereinbarten Monatspauschale/Tagespauschale abgegolten.

§ 8 Sonstige Ansprüche/Rentenversicherung

(1) Mit der Zahlung der in diesem Vertrag vereinbarten Vergütung sind die Ansprüche des Auftragnehmers gegen den Auftraggeber aus diesem Vertrag erfüllt.

(2) Für die Versteuerung der Vergütung hat der Auftragnehmer selbst zu sorgen.

(3) Der Auftragnehmer wird darauf hingewiesen, dass er nach [§ 2 Nr. 9 SGB VI](#) rentenversicherungspflichtig sein kann, wenn er auf Dauer und im Wesentlichen nur für einen Auftraggeber tätig ist und keine versicherungspflichtigen Arbeitnehmer beschäftigt, deren Arbeitsentgelt aus diesem Beschäftigungsverhältnis regelmäßig 400,- Euro im Monat übersteigt.

§ 12 Keine Umgehung arbeitsrechtlicher Schutzvorschriften

(1) Von der Möglichkeit des Abschlusses eines Anstellungsvertrages ist in Anwendung des Grundsatzes der Vertragsfreiheit bewusst kein Gebrauch gemacht worden. Eine Umgehung arbeitsrechtlicher oder arbeitsgesetzlicher Schutzvorschriften ist nicht beabsichtigt. Dem freien Mitarbeiter soll vielmehr die volle Entscheidungsfreiheit bei der Verwertung seiner Arbeitskraft belassen werden. Eine über den Umfang dieser Vereinbarung hinausgehende persönliche, wirtschaftliche oder soziale Abhängigkeit wird nicht begründet.

(2) Dem Auftragnehmer ist bekannt, dass der Auftraggeber zur wechselseitigen Absicherung eine Statusklärung bei der Deutschen Rentenversicherung veranlasst. Bis zur bestandskräftigen Entscheidung wird der Auftraggeber eine Sicherheit von 25 % des der jeweils abgerechneten Netto-Auftragssumme einbehalten.

(3) Sollte die Statusklärung entgegen den beiderseitigen Erwartungen in Bestandskraft mit dem Ergebnis enden, dass der Auftragnehmer als Arbeitnehmer oder arbeitnehmerähnliche Person eingestuft wird, so sind sich die Parteien darüber einig, dass die jeweils abgerechneten Beträge sich nicht als Nettolohn, sondern als Arbeitgeber-Bruttolohn verstehen.

§ 13

(1) Nebenabreden und Änderungen des Vertrags bedürfen zu ihrer Wirksamkeit der Schriftform. Dieses Formerfordernis kann weder mündlich noch stillschweigend aufgehoben oder außer Kraft gesetzt werden.

Am 3. Mai 2010 beantragten die Klägerin und der Beigeladene zu 1) die Feststellung nach § 7a Abs. 1 Sozialgesetzbuch/Viertes Buch (SGB IV), dass ein versicherungspflichtiges Beschäftigungsverhältnis nach [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) nicht vorliege. Zur Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) gab die Klägerin im Verwaltungs- und Widerspruchsverfahren an, - es gebe keine weiteren mündlichen Vereinbarungen; - die Tätigkeit sei am Neubau des Großflughafens Berlin-Brandenburg International (im Folgenden: BBI) ausgeübt worden, wo die Beigeladene zu 4) dem Beigeladenen zu 1) Räumlichkeiten und Infrastruktur zur Verfügung gestellt habe; - der Beigeladene zu 1) erhalte seine Aufträge im Form von Dienstbesprechungen oder E Mails durch die Beigeladene zu 4); - der Beigeladene zu 1) sei "pauschal" 40 Stunden wöchentlich tätig, wobei nur eine Kernzeit von 9.00 bis 16.00 Uhr zwischen Montag und Freitag zu beachten sei; - die Vertretung des Beigeladenen zu 1) übernehme aufgrund der spezifischen und speziellen Anforderung einzig die Geschäftsleitung der Beigeladenen zu 4), die der Beigeladene zu 1) bei Verhinderung, Krankheit etc. auch zu informieren habe; - die Übergabe/Kontrolle/Abnahme der Arbeit erfolge allein durch die Beigeladene zu 4); - dass der Beigeladene zu 1) seine Arbeitsleistung höchstpersönlich zu erbringen habe, liege an dem höchst sensiblen und vertrauensvollen Auftrag; - in der Praxis sei es ihm unbenommen, die gesamte Arbeitsleistung auch durch Unterbeauftragte zu erbringen.

In der Folgezeit stellte der Beigeladene zu 1) der Klägerin für volle Monate Beträge zwischen 17.850,00 und 24.561,60 Euro (jeweils inklusive Mehrwertsteuer) in Rechnung.

Der Beigeladene zu 1) brachte vor, - er unterliege keiner regelmäßigen Arbeits- oder Anwesenheitszeit; - bei Personalvermittlungsunternehmen könne es kraft Natur der Sache keine Weisungsbefugnis gegenüber Angestellten geben; - die Klägerin übe eine reine Vermittlungsposition aus und habe ihn an die Beigeladene zu 4) vermittelt, er sei daher nicht in die Arbeits- und

Organisationsstruktur der Klägerin eingebunden; - sein Auftraggeber könne sein Einsatzgebiet nicht ohne seine Zustimmung ändern, was ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei; - eine optionale Vergütungsvereinbarung sei nicht unüblich; - seine Tätigkeit als Bauherren-Vertreter sei höchst sensibel und vertrauensvoll gewesen, hierin liege der Grund für das Erfordernis einer vorhergehenden Zustimmung bei Hinzuziehung Dritter (dies sei im Übrigen nicht untypisch); - über die von ihm selbst eingebrachten Arbeitsmittel (Laptop, Computer, Handy) hinaus seien keine weiteren Arbeitsmittel erforderlich.

Mit Bescheid vom 3. Mai 2011, modifiziert durch den Widerspruchsbescheid vom 30. August 2011, stellte die Beklagte fest, dass der Beigeladene zu 1) seine Tätigkeit als Projektmanager/Projektleiter bei der Klägerin in der Zeit vom 15. April 2010 bis zum 30. September 2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausübe und in diesem Versicherungspflicht in der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe.

Im Klageverfahren hat der Beigeladene zu 1) angegeben, Herr K, der Verantwortliche für den Flughafenbau, den er aus einer früheren Tätigkeit kenne, habe ihn 2009 gefragt, ob er für eine Tätigkeit am BBI zur Verfügung stehe. Weil die Beigeladene zu 4) Probleme gehabt habe, ihn als Selbständigen direkt zu beauftragen – man habe nur "Material" einkaufen dürfen –, sei die Konstruktion der Arbeitnehmerüberlassung angewendet worden. Hierdurch sei er mit dem Geschäftsführer der Klägerin bekannt geworden, die nur die Rechnung zu stellen gehabt habe. Er habe mal mehr, mal weniger als 40 Stunden gearbeitet; dies sei aber nicht kontrolliert worden. Die Beigeladene zu 4) habe ihm nicht nur das Büro, sondern auch Personal, insbesondere eine Sekretärin, zur Verfügung gestellt. Mit der Klägerin habe er nur bei der Vertragsunterzeichnung und bei der Rechnungslegung zu tun gehabt. Der Vertrag mit ihm sei ein Werkvertrag gewesen. Einen Urlaubsanspruch habe er nicht gehabt.

Mit Urteil vom 30. Juni 2014 hat das Sozialgericht die o.g. Bescheide der Beklagten aufgehoben und festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen seiner Tätigkeit für die Klägerin vom 15. April 2010 bis zum 30. September 2012 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung unterlegen habe. Zur Begründung hat das Sozialgericht ausgeführt: Weil der Beigeladene zu 1) im fraglichen Zeitraum durchgehend an die Beigeladene zu 4) "entliehen" worden sei, sei er in dieser Zeit in keiner Weise in den (Personaldienstleistungs-)Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Deren Weisungsrecht habe er in dieser Zeit nicht unterlegen. Die Klägerin habe nach den glaubhaften Angaben des Beigeladenen zu 1) tatsächlich lediglich als Umgehungsvehikel und – zur Abwicklung der Vergütung – als Zahlstelle gedient. Eine Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG liege nicht vor, weil ein von der Klägerin auf die Beigeladene zu 4) übertragbares Weisungsrecht zu keinem Zeitpunkt bestanden habe. Außerdem sollte der Beigeladene zu 1) von der Klägerin nur an die Beigeladene zu 4) ausgeliehen werden, bei dieser Exklusivität sei die nach [§ 1 Satz 2 AÜG](#) erforderliche vorübergehende Überlassung ausgeschlossen.

Gegen dieses ihr am 10. Juli 2014 zugestellte Urteil richtet sich die Berufung der Beklagten, zu deren Begründung sie vorträgt: Im vorliegenden Falle könne nicht von einer klar abgrenzbaren Tätigkeit, die keiner weiteren Konkretisierung bedürfe, ausgegangen werden. Das Monatshonorar auf der Grundlage von 40 Arbeitsstunden wöchentlich lasse keinerlei Unternehmerrisiko erkennen.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Berlin vom 30. Juni 2014 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend und führt ergänzend aus, dass der Beigeladene zu 1) selbständig tätig sein solle, hätten sie und er im VfM zweifelsfrei vereinbart. Der Flughafengesellschaft sei es wichtig gewesen, gerade das Know how des Beigeladenen zu 1) einzukaufen. Weil sie – die Klägerin – ansonsten jedoch nicht im Bereich der Überlassung von Hochqualifizierten tätig gewesen sei, sei im Arbeitnehmerüberlassungsvertrag der dort eigentlich vorgesehene § 4 gestrichen worden; sie wäre nämlich nicht in der Lage gewesen, für den Beigeladenen zu 1) eine Ersatzkraft zu stellen. Für ein Unternehmerrisiko spreche die Kündigungsfrist von einer Woche zum Monatsende in § 10 des "Arbeitsvertrags". Auch für den Fall eines krankheitsbedingten Ausfalls könne der Beigeladene zu 1) keine Arbeitsleistungen in Rechnung stellen. Die Darstellung des Beigeladenen zu 1) zu den Hintergründen der gewählten vertraglichen Konstruktionen sei zutreffend.

Die Beigeladenen stellen keinen Antrag.

Der Beigeladene zu 1) behauptet, seine Tätigkeit als "Leiter des Ausbaus – Terminal" habe in der Überwachung des hochbautechnischen Ablaufs der Bauarbeiten, der terminlichen Überwachung der Hochbauarbeiten, dem Qualitätsmanagement im Rahmen der Einzelgewerke Hochbau sowie in Berater Tätigkeiten für die Geschäftsführung im Rahmen der Bauarbeiten am Terminal bestanden. Eine nähere Präzisierung seines Auftrags bzw. der Arbeiten, die von ihm erwartet worden seien, habe es nicht gegeben. Ihm sei klar gewesen, dass die Flughafengesellschaft mit "Koordination" die Arbeit mit Ablaufplänen und deren Einhaltung meinte. Er habe gewährleisten sollen, dass die unterschiedlichen Gewerke und Firmen reibungslos zusammenarbeiteten und die Termine eingehalten würden. Im Wesentlichen habe seine Tätigkeit daher in Bauüberwachung bestanden. Es habe zwar eine Generalablaufplanung gegeben, die eigentlich vom Bereich Projektsteuerung hätte überwacht werden müssen, diese habe diese Aufgabe jedoch der Bauleitung überlassen. Zu seinen Aufgaben habe auch gehört mitzuentcheiden, wenn Firmen z.B. Nachträge geltend gemacht hätten. Zu einem gewöhnlichen Arbeitstag habe z.B. gezählt, den Stand bestimmter Arbeiten zu überwachen, im Büro die ca. 60 täglich eingehenden E Mails zu bearbeiten und an Besprechungen, auch mit der Geschäftsführung der Flughafengesellschaft, teilzunehmen. Er habe jedoch auch mit den Fachprojektleitern, die z.B. für Treppen oder Trockenbau zuständig und direkt bei der Flughafengesellschaft angestellt gewesen seien, zu tun gehabt. Er habe die Flughafengesellschaft auch bei aufkommenden Fragen beraten. Seine langen Arbeitszeiten auf dem BER Gelände seien dem Faktischen geschuldet und aus seiner Sicht als Fachmann auch notwendig gewesen. Es habe keine Anweisung gewesen, dass er anwesend sein müsse, außer bei Besprechungen. Er habe im Wesentlichen die auf der Baustelle vorhandene EDV genutzt, eigene EDV Programme nur, wenn er für sich Tabellen habe erstellen lassen. Helme und Schutzwesten mit dem Logo des BER habe er von der Flughafengesellschaft erhalten. Urlaub habe er nicht genehmigen lassen müssen. Er habe seinen Urlaub jedoch so gewählt, dass er bei bestimmten wichtigen Ereignissen, z.B. eine

Begehung durch den Bürgermeister, anwesend gewesen sei. Bei Urlaub habe er weniger Gehalt erhalten. Das Gleiche wäre bei Krankheit der Fall gewesen; er sei aber im fraglichen Zeitraum nie krank gewesen. Soweit sich in den Stundennachweisen der Eintrag "Urlaub" finde, handle es sich dabei teilweise auch um Freizeitausgleich für geleistete Überstunden. Das einzige Personal, das ihm die Beigeladene zu 4) zur Verfügung gestellt habe, sei eine Sekretärin gewesen. Er habe jedoch Schreibarbeiten (z.B. das Erstellen von Excel-Tabellen) von einer Frau N in München anfertigen lassen, die er eigens im Rahmen einer geringfügigen, bei der Sozialversicherung angemeldeten Tätigkeit (15 bis 20 Stunden wöchentlich) – ohne einen schriftlichen Arbeitsvertrag abzuschließen – für seine Zeit beim BBI angeheuert habe. Die Vergütungsvereinbarung in seinem Vertrag mit der Klägerin sei unglücklich. Sie rühre daher, dass er gerne eine Abrechnung nach Tagessätzen gehabt hätte, die Flughafengesellschaft hingegen einen monatlichen Pauschalpreis. Er habe anfangs auch zweimal nach Tagessätzen abgerechnet, dies sei jedoch bei der Flughafengesellschaft dann nicht mehr durchsetzbar gewesen. Die gesamten Konditionen seiner Tätigkeit habe er mit der Flughafengesellschaft vereinbart. Einen direkten dienstlichen Vorgesetzten habe er nicht gehabt; seine Verantwortung in Bezug auf seine Tätigkeit habe er prinzipiell direkt gegenüber der FB-Geschäfts-führung (Dr. Sund Dr. K) und nachfolgend gegenüber dem Gesamtprojektleiter K, der auch sein Ansprechpartner gewesen sei, gehabt. Seine Reise- und Fahrtkosten für die Strecke von München nach Berlin und zurück habe er selbst getragen. Diese seien in der Pauschalvergütung enthalten gewesen.

Der Berichterstatter hat die Sach- und Rechtslage mit den Beteiligten am 15. September 2016 erörtert. In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat hat die Beklagte die streitgegenständlichen Bescheide dahingehend geändert, dass in der Zeit ab 01. Januar 2011 Versicherungsfreiheit in der gesetzlichen Kranken- und Pflegeversicherung besteht. Daraufhin haben die Beteiligten den Rechtsstreit in der Hauptsache insoweit für erledigt.

Wegen des Sach- und Streitstandes im Einzelnen sowie wegen des weiteren Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakte sowie die beigezogene Verwaltungsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung war, verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die zulässige Berufung ist begründet. Hinsichtlich des noch streitigen Zeitraums vom 15. April bis 31. Dezember 2010 hat das Sozialgericht zu Unrecht der Klage stattgegeben. Denn insoweit sind die Bescheide der Beklagten nicht zu beanstanden, weil der Beigeladene zu 1) aufgrund seiner Beschäftigung bei der Klägerin der Versicherungspflicht in der GKV und der SPV unterlag.

I. Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen der Versicherungspflicht in der GKV (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Fünftes Buch – SGB V –) und in der SPV (§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch / Elftes Buch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Sozialgesetzbuch / Viertes Buch (SGB IV). Beschäftigung ist danach die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind nach Satz 2 dieser Vorschrift eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Eine Beschäftigung setzt 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 dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – insbesondere bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige 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 selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung, welches sich nach den tatsächlichen Verhältnissen bestimmt. Tatsächliche Verhältnisse in diesem Sinne sind die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die sich hieraus ergebende Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine – formlose – Abbedingung rechtlich möglich ist. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (ständige Rechtsprechung des BSG seit dem Urteil vom 24. Januar 2007 - [B 12 KR 31/06 R](#) -, und des Senats, vgl. zuletzt Urteil vom 29. März 2017 - L 9 KR 174/13 -; jeweils juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als "nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis" i.S.v. [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert – wie oben beschrieben – eine Gewichtung und Abwägung aller als Indizien für und gegen eine Beschäftigung bzw. selbstständige Tätigkeit sprechenden Merkmale der Tätigkeit im Einzelfall. Bei Vorliegen gegenläufiger, d.h. für die Bejahung und die Verneinung eines gesetzlichen Tatbestandsmerkmals sprechender tatsächlicher Umstände oder Indizien hat das Gericht insoweit eine wertende Zuordnung aller Umstände im Sinne einer Gesamtabwägung vorzunehmen. Diese Abwägung darf allerdings nicht (rein) schematisch oder schablonenhaft erfolgen, etwa in der Weise, dass beliebige Indizien jeweils zahlenmäßig einander gegenübergestellt werden, sondern es ist in Rechnung zu stellen, dass manchen Umständen wertungsmäßig größeres Gewicht zukommen kann als anderen, als weniger bedeutsam einzuschätzenden Indizien. Eine rechtmäßige Gesamtabwägung setzt deshalb – der Struktur und Methodik jeder Abwägungsentscheidung (innerhalb und außerhalb des Rechts) entsprechend – voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls wesentlichen Indizien festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und in dieser Gesamtschau nachvollziehbar, d.h. den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei, gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil vom 25. April 2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) -, juris). Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist in Fällen wie dem vorliegenden vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgeblich, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen "Etikettenschwindel" handelt, der u.U. als Scheingeschäft i.S.d. [§ 117 Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der

Notwendigkeit führen kann, ggf. den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) -, juris).

II. Hieran gemessen ist die Beklagte zu Recht von einer Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei der Klägerin ausgegangen.

1. Nach den vertraglichen Vereinbarungen war der Beigeladene zu 1), obwohl seine Tätigkeit weitestgehend durch die Interessen und Bedürfnisse der Beigeladenen zu 4) bestimmt war, bei der Klägerin beschäftigt. Denn (auch) zwischen ihm und der Klägerin wurde ein auf Arbeitnehmerüberlassung gerichteter Vertrag geschlossen. Maßgeblich abzustellen ist insoweit nicht auf den VfM, sondern den AÜV.

a. Wird – wie im vorliegenden Fall – ein Mitarbeiter nicht (ausschließlich) in der betrieblichen Organisation seines Vertragspartners, sondern bei einem Dritten (z.B. dessen Kunden) eingesetzt, ohne mit diesem vertraglich verbunden zu sein, kommen für einen solchen drittbezogenen Personaleinsatz verschiedene rechtliche Konstruktionen in Frage. Neben Dienstverschaffungsverträgen wie bei echter und unechter Leiharbeit kann der Tätigkeit auch ein Werk- oder Dienstvertrag zwischen dem Vertragspartner und dem Dritten zugrunde liegen. Bei der echten Leiharbeit werden Arbeitskräfte nur gelegentlich an ein anderes Unternehmen überlassen (BSG, Urteil vom 29. Juli 1970 - [7 RAr 44/68](#) -; BVerwG, Beschluss vom 03. September 1990 - [6 P 20/88](#); beide juris; Richardi/Fischinger, in: Staudinger, BGB, Neubearbeitung 2016, § 611 Rd. 143; Kania, NZA 1994, 871). Bei der unechten, gewerbsmäßigen Leiharbeit (Arbeitnehmerüberlassung) werden einem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung gestellt, die in dessen Betrieb eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach Weisungen des Entleihers und in dessen Interesse ausführen. Arbeitnehmerüberlassung i.S.d. AÜG ist durch eine spezifische Ausgestaltung der Vertragsbeziehungen zwischen Verleiher und Entleiher einerseits (dem Arbeitnehmerüberlassungsvertrag) und zwischen Verleiher und Arbeitnehmer andererseits (dem Leiharbeitsvertrag) sowie durch das Fehlen einer arbeitsvertraglichen Beziehung zwischen Arbeitnehmer und Entleiher gekennzeichnet. Arbeitnehmerüberlassung im Sinne des AÜG setzt also das Bestehen eines Arbeitnehmerüberlassungsvertrages ([§ 12 AÜG](#)) voraus. Notwendiger Inhalt dieses Vertrages ist die Verpflichtung des Verleihers gegenüber dem Entleiher, ihm zur Förderung seiner Betriebszwecke Arbeitnehmer zur Verfügung zu stellen (BAG, Urteil vom 15. April 2014 - [3 AZR 395/11](#) -, m.w.N.; vgl. auch BSG, Urteil vom 29. April 2004 - [B 11 AL 3/04 R](#) -; BGH, Beschluss vom 19. Juli 2012 - [IX ZB 27/12](#) -; alle juris). Von der Arbeitnehmerüberlassung zu unterscheiden ist die Tätigkeit eines Arbeitnehmers bei einem Dritten aufgrund eines Werk- oder Dienstvertrags. In diesen Fällen wird der Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolgs notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen und bleibt für die Erfüllung der in dem Vertrag vorgesehenen Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks gegenüber dem Drittunternehmen verantwortlich. Die zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrags eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen den Weisungen des Unternehmers und sind dessen Erfüllungsgehilfen. Der Werkbesteller kann jedoch, wie sich aus [§ 645 Abs. 1 Satz 1 BGB](#) ergibt, dem Werkunternehmer selbst oder dessen Erfüllungsgehilfen Anweisungen für die Ausführung des Werkes erteilen. Entsprechendes gilt für Dienstverträge. Solche Dienst- oder Werkverträge werden vom AÜG nicht erfasst (BAG, a.a.O.; BSG, a.a.O.).

b. Der Beigeladene zu 1) wurde nicht im Rahmen eines zwischen der Klägerin und der Beigeladenen zu 4) geschlossenen Werk- oder Dienstvertrages eingesetzt. Denn diese schlossen einen Arbeitnehmerüberlassungsvertrag nach dem AÜG, wie nicht zuletzt die ausdrückliche Bezugnahme auf dieses Gesetz belegt. Die Klägerin verfügte über die nach [§ 1 Abs. 1 Satz 1 AÜG](#) erforderliche Erlaubnis. c. Auch der VfM war – entgegen seiner Bezeichnung und wesentlicher Vertragsinhalte – auf Arbeitnehmerüberlassung gerichtet. Dies ergibt sich aus der übereinstimmenden Darstellung der Klägerin und des Beigeladenen zu 1) zum Zustandekommen der vertraglichen Vereinbarungen. Danach war die Beigeladene zu 4) auf der Suche nach einer (hoch)qualifizierten Fachkraft für die im Vergabeverfahren ausgeschriebene Tätigkeit und bereit, den Beigeladenen zu 1) mit dieser Aufgabe zu betrauen. Offenkundig weil eine Einstellung des Beigeladenen zu 1) unmittelbar bei der Beigeladenen zu 4) nicht in Betracht kam, sondern die entsprechenden Kosten aus dem Sachmittel-Etat der Beigeladenen zu 4) aufgebracht werden mussten, wurde die Konstruktion einer – aus deren Sicht hiermit anscheinend vereinbaren – Arbeitnehmerüberlassung nach dem AÜG unter Einschaltung der Klägerin gewählt. Somit war beiden Vertragsparteien des VfM bei dessen Abschluss am 12. April 2010 bewusst, dass der Beigeladene zu 1) nur zu den Konditionen einer Arbeitnehmerüberlassung entsprechend den Vergabebedingungen und dem damals bereits abgeschlossenen AÜV tätig werden sollte. Gleichwohl haben diese Vertragsparteien wider besseres Wissen in den VfM Regelungen aufgenommen, die auf eine selbstständige Tätigkeit hinweisen und nicht ernsthaft umgesetzt werden sollten. Diese Regelungen dürfen der weiteren Prüfung demnach nicht zugrunde gelegt werden.

2. Wird aber der Inhalt der zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) getroffenen Vereinbarungen demnach maßgeblich durch den AÜV (hierzu a.) und ergänzend durch den VfM (hierzu b.) geprägt, spricht dies für eine Beschäftigung i.S.v. [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#). Auch die sonstigen zu berücksichtigenden Umstände sprechen ganz überwiegend hierfür (hierzu c. und d.).

a. Zum einen sieht der AÜV ausdrücklich die Überlassung des namentlich genannten Beigeladenen zu 1) als Arbeitnehmer für eine näher bezeichnete Tätigkeit vor und enthält darüber hinaus zahlreiche Regelungen, die für Arbeitnehmer-Überlassungsverträge nach [§ 12 Abs. 1 AÜG](#) vorgeschrieben oder typisch sind (vgl. Siebert, in: Schaub/Schrader/Straube/Vogelsang, Arbeitsrechtliches Formular- und Verfahrenshandbuch, 11. A. 2015, Rd. 420 m.w.N.), so die Bestätigung des Verleihers gemäß [§ 12 Abs. 1 Satz 3 AÜG](#), eine Erlaubnis gemäß [§ 1 Abs. 1 AÜG](#) zu besitzen (§ 1 AÜV), bzw. Regelungen zum Direktionsrecht des Entleihers (§ 6 AÜV) und zur Haftung des Verleihers für die Eignung des überlassenen Arbeitnehmers (§ 8 AÜV). b. Zum anderen enthält auch der VfM, soweit die Vertragspartner darin nicht den Versuch des o.g. "Etikettenschwindels" (vgl. hierzu: BSG, Urteile vom 24. März 2016 - [B 12 KR 20/14 R](#) -, und vom 29. Juli 2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) -; Senat, Urteile vom 09. Juli 2014 - [L 9 KR 512/12](#) und [L 9 KR 134/12](#) -; jeweils juris) unternommen haben, Regelungen getroffen, die für eine Beschäftigung typisch sind. Dies gilt für die vorab vereinbarte, feste, gleichbleibende Vergütung, die unabhängig vom Arbeitserfolg und nach Zeiteinheiten bemessen ist (BSG, Urteile vom 19. August 2015 - [B 12 KR 9/14 R](#) -, und vom 18. November 1980 - [12 RK 76/79](#) -; Senat, Urteile vom 14. Dezember 2016 - und vom 19. Februar 2017 - [L 9 KR 234/13](#) -; jeweils juris), die feste Arbeitszeit von 40 Stunden wöchentlich (BSG, Urteil vom 29. Juni 2016 - [B 12 R 5/14 R](#) -, juris; Segebrecht in: Schlegel/Voelzke, jurisPraxisKommentar-SGB IV, 3. A. 2016, § 7 Abs. 1, Rd. 93) und die [§ 613 Satz 1 BGB](#) entsprechende Verpflichtung des Beigeladenen zu 1) zur höchstpersönlichen Leistungserbringung (§ 3 Abs. 1 VfM). Dass letzteres nach dem Vorbringen der Vertragsparteien den höchst sensiblen und vertrauensvollen Aufgaben des Beigeladenen zu 1) geschuldet sei, ist unerheblich, weil es auf die Gründe für die jeweilige Regelung nicht ankommt; maßgeblich ist allein ihre Wirkung (vgl. BSG, Urteil vom 22. Juni 2005 - [B 12 KR 28/03 R](#) -; Senat, Urteile vom 29. März 2017 - [L 9 KR 174/13](#) - und vom 15. Dezember 2015 - [L 9 KR 82/13](#) -; jeweils juris; Berchtold, in: Knickrehm / Kreikebohm / Waltermann, Kommentar zum

Sozialrecht, SGB IV [§ 7](#) Rn. 23).

c. Schließlich entsprach auch die tatsächliche Leistungserbringung durch den Beigeladenen zu 1) in vielerlei Hinsicht dem Typus einer Beschäftigung. Deren Berücksichtigung steht nicht die doppelte Schriftformklausel in § 13 VmG entgegen, da auch diese aufgrund des o.g. "Etikettenschwindels" nicht ernsthaft gemeint war. Abzustellen ist hierbei – wie bei Arbeitnehmerüberlassungsverträgen allgemein (BSG, Urteil vom 23. Juni 1982 – [7 RA 98/80](#) –, m.w.N.; Müller-Glöge, in: Münchener Kommentar zum BGB, 74. Aufl., § 611 Rn. 1278; Schüren, in: Hamann, ArbZ, 4. Aufl., § 1 Rn. 89f) – auf die zwischen überlassenem Arbeitnehmer (Beigeladenem zu 1) und Entleihbetrieb (Beigeladener zu 4) bestehenden Verhältnisse.

aa. Der Beigeladene zu 1) war Weisungen der Beigeladenen zu 4) unterworfen. Denn er erhielt nach den Angaben der Klägerin seine Aufträge – im Rahmen von Dienstbesprechungen oder per E-Mail – durch die Beigeladene zu 4) und unterlag deren Kontrolle.

bb. Der Beigeladene zu 1) war in vielfältiger Weise in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 4) integriert. So wurden ihm von dieser sowohl ein Büro nebst Infrastruktur (wie z.B. EDV) als auch eine Sekretärin gestellt. Ohne ihm zur Verfügung gestellte Räumlichkeiten und den Zugang zur EDV der Beigeladenen zu 4) wäre seine Tätigkeit als "Leiter des Ausbaus - Terminal", die in der Überwachung des hochbautechnischen Ablaufs der Bauarbeiten, dem Qualitätsmanagement im Rahmen der Einzelgewerke Hochbau sowie in Beratertätigkeiten für die Geschäftsführung im Rahmen der Bauarbeiten am Terminal bestand, aber auch darin, die reibungslose Zusammenarbeit der unterschiedlichen Gewerke und Firmen zu gewährleisten, über die geltend gemachte Nachträge mitzuentcheiden, die ca. 60 täglich eingehenden E-Mails zu bearbeiten und an Besprechungen teilzunehmen, kaum sinnvoll durchzuführen. Auch in personeller Hinsicht war er intensiv in die Arbeitsabläufe der Beigeladenen zu 4) eingebunden. Dies zeigt sich zum einen in der Zuordnung einer Sekretärin einschließlich des damit unweigerlich verknüpften Weisungsrechts dieser gegenüber, zum anderen in der Zusammenarbeit mit anderen Mitarbeitern der Beigeladenen zu 4) bzw. deren Geschäftspartnern im Zusammenhang mit Besprechungen, Überwachungs- und Beratungstätigkeiten, Mitentscheidungen sowie der Teilnahme am E-Mail-Verkehr.

cc. Im Falle seiner Verhinderung wurde die Vertretung des Beigeladenen zu 1) – wie bei Arbeitnehmern üblich – von der Beigeladenen zu 4) organisiert.

dd. Der Beigeladene zu 1) trat nach außen als Mitarbeiter der Beigeladenen zu 4) auf, was nicht zuletzt durch Ausrüstungsgegenstände (Helme, Schutzwesten) mit deren Logo erkennbar war.

d. Die für eine selbständige Tätigkeit sprechenden Umstände fallen demgegenüber kaum ins Gewicht.

aa. Dass es dem Beigeladenen zu 1) – wie von ihm behauptet – erlaubt gewesen sei, seine Aufgaben durch Unterbeauftragte ausführen zu lassen, ist schon angesichts der Pflicht zur höchstpersönlichen Leistungserbringung (§ 3 VmG) in Verbindung mit der doppelten Schriftformklausel (§ 13 VmG) sehr zweifelhaft. Eine solche Delegationsbefugnis kommt im Übrigen statusrechtlich allenfalls dann zum Tragen, wenn sie – anders als im vorliegenden Fall – für die ausgeübte Tätigkeit prägend ist (BSG, Urteil vom 17. Dezember 2014 – [B 12 R 13/13 R](#) –, Senat, Urteil vom 15. Dezember 2015 – [L 9 KR 82/13](#) –, jeweils juris, m.w.N.). Entsprechendes gilt für die Beschäftigung einer Schreibkraft (Frau N) durch den Beigeladenen zu 1).

(2) Vertragliche Vereinbarungen, die darauf gerichtet sind, an den Arbeitnehmer- bzw. Beschäftigtenstatus anknüpfende arbeits-, steuer- und sozialrechtliche Regelungen abzubedingen bzw. zu vermeiden (z.B. Nichtgewährung von Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Urlaub bzw. von Urlaubsgeld; Verpflichtung, Einnahmen selbst zu versteuern; Obliegenheit, für mehrere Auftraggeber tätig zu werden oder für eine Sozial- und Krankenversicherung selbst zu sorgen) lassen ausschließlich Rückschlüsse auf den Willen der Vertragsparteien zu, Beschäftigung auszuschließen, zu (vgl. auch [§ 32 SGB I](#)). Darüber hinaus kommt solchen Vertragsklauseln bei der im Rahmen des [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#) vorzunehmenden Gesamtabwägung keine eigenständige Bedeutung zu (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) –, Senat, Urteile 14. Dezember 2016 – [L 9 KR 344/13](#) – und vom 15. Dezember 2015 – [L 9 KR 82/13](#) –, jeweils juris und m.w.N.). Werden die entsprechenden Rechte dem Erwerbstätigen hingegen ausdrücklich vertraglich eingeräumt, spricht dies entscheidend für den Willen der Vertragsparteien, ein Arbeits- und somit auch ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen (Senat, a.a.O., m.w.N.).

(3) Die Anschaffung von Gegenständen wie Handy, PC oder eigenen EDV-Programmen, die heute auch in den meisten Haushalten Beschäftigter oder nicht erwerbstätiger Personen ohnehin regelmäßig zur privaten Nutzung vorhanden sind, lässt nicht ohne Weiteres auf ein unternehmerisches Risiko schließen. Voraussetzung dafür wäre, dass diese Gegenstände gerade im Hinblick auf die ausgeübte Tätigkeit angeschafft, hierfür eingesetzt und das aufgewandte Kapital bei Verlust des Auftrags und/oder Ausbleiben weiterer Aufträge als verloren anzusehen wäre (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) –, juris). Letzteres hat der Beigeladene zu 1) nicht behauptet. Es spricht auch nach der allgemeinen Lebenserfahrung nichts dafür, dass Gegenstände wie Handy oder PC, die mittlerweile in vielen Haushalten sogar mehrfach vorhanden sind, durch die Aufgabe einer Tätigkeitsform wertlos werden (Senat, Urteil vom 14. Dezember 2016 – [L 9 KR 344/13](#) –, juris). Im übrigen standen diesen möglichen Kostenbelastungen keine entsprechenden Chancen auf höhere Vergütung gegenüber.

II. Die Versicherungspflicht in der GKV und SPV im noch streitigen Zeitraum war nicht wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze (JAEG) ausgeschlossen.

1. Gemäß [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) in der bis zum 30. Dezember 2010 geltenden Fassung (alte Fassung - aF) waren versicherungsfrei Arbeiter und Angestellte, deren regelmäßiges Jahresarbeitsentgelt die JAEG nach den Absätzen 6 oder 7 übersteigt und in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren überstiegen hat. Wenn die JAEG in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren überschritten wurde, endete die Versicherungspflicht mit Ablauf des dritten Kalenderjahres, in dem sie überschritten wurde, es sei denn, die im folgenden Kalenderjahr geltende JAEG wird nicht überschritten ([§ 6 Abs. 4](#) Sätze 1 und [2 SGB V](#) aF). Im Jahre 2010 (2011) betrug die JAEG gemäß [§ 6 Abs. 6 SGB V](#) aF 49.950.- EUR (49.500.- EUR) bzw. gemäß [§ 6 Abs. 7 SGB V](#) aF 45.000.- EUR (44.550.- EUR).

Durch Art. 1 Nr. 2a i.V.m. Art. 15 Abs. 5 des GKV-Finanzierungsgesetzes (BGBl. I 2309) wurden in [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) die Wörter "und in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren überstiegen hat" gestrichen. Die Rückkehr zu der vor dem 2. Februar 2007 geltende Fassung

sollte nach der Gesetzesbegründung ([BT-Drs. 17/3040, S. 21](#)) mit Wirkung zum 31. Dezember 2010 erfolgen, damit "diejenigen Personen, deren Gehalt die Jahresarbeitsentgeltgrenze im Jahr 2010 überstiegen hat, die aber zum Ende des Jahres 2010 die dreijährige Wartefrist noch nicht erfüllen, bereits zum Jahresbeginn 2011 versicherungsfrei werden".

2. Danach war der Beigeladene zu 1) zumindest ab dem 1. Januar 2011 versicherungsfrei nach [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#); hierauf beruht das Teilerkenntnis der Beklagten in der mündlichen Verhandlung vor dem Senat.

3. In der noch streitigen Zeit vom 15. April bis 30. Dezember 2010 war der Beigeladene zu 1) hingegen nicht versicherungsfrei. So konnte der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 2. Februar 2007 bis zum 14. April 2010 die Voraussetzungen des [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) aF nicht erfüllen, weil dieser Zeitraum keine drei Kalenderjahre umfasst. Von den Vertrauensschutzregelungen in [§ 6 Abs. 9 SGB V](#) profitierte er ebenfalls nicht. Diese Vorschrift lautete in ihrer vom 2. Februar 2007 bis 31. Dezember 2010 geltenden Fassung (vgl. Art. 1 Nr. 3a, c, e des GKV-Wettbewerbsstärkungsgesetzes – GKV-WSG – vom 26. März 2007, [BGBl. I 378](#)): "Arbeiter und Angestellte, die nicht die Voraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 1 erfüllen und die am 2. Februar 2007 wegen Überschreitens der Jahresarbeitsentgeltgrenze bei einem privaten Krankenversicherungsunternehmen in einer substitutiven Krankenversicherung versichert waren oder die vor diesem Tag die Mitgliedschaft bei ihrer Krankenkasse gekündigt hatten, um in ein privates Krankenversicherungsunternehmen zu wechseln, bleiben versicherungsfrei, solange sie keinen anderen Tatbestand der Versicherungspflicht erfüllen. Satz 1 gilt auch für Arbeiter und Angestellte, die am 2. Februar 2007 nach § 8 Abs. 1 Nr. 1a, 2 oder 3 von der Versicherungspflicht befreit waren. Arbeiter und Angestellte, die freiwillige Mitglieder einer gesetzlichen Krankenkasse sind, und nicht die Voraussetzungen nach Absatz 1 Nr. 1 erfüllen, gelten bis zum 31. März 2007 als freiwillige Mitglieder."

Der Beigeladene zu 1) war am 2. Februar 2007 weder von der Krankenversicherungspflicht befreit noch hatte er die Mitgliedschaft bei der zu 2. beigeladenen Krankenkasse gekündigt. Satz 3 der Vorschrift kommt hier nicht zum Tragen, weil damit nach der Gesetzesbegründung (Bericht des Ausschusses für Gesundheit zum Entwurf des GKV-WSG, [BT-Drs. 16/4247, S. 42](#)) nur eine zum Zeitpunkt der Veröffentlichung des GKV-WSG rückwirkende Änderung für bestimmte freiwillige Mitglieder vermieden werden sollte.

III. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§§ 154 Abs. 1 bis 3 sowie](#) 162 Abs. 3 Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO) und entspricht dem Ergebnis des Rechtsstreites.

Die Revision ist nicht zuzulassen, da Zulassungsgründe im Sinne von [§ 160 Abs. 2 SGG](#) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BRB

Saved

2017-06-28