

## S 15 R 1528/11

Land

Freistaat Bayern

Sozialgericht

SG München (FSB)

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

15

1. Instanz

SG München (FSB)

Aktenzeichen

S 15 R 1528/11

Datum

21.11.2013

2. Instanz

Bayerisches LSG

Aktenzeichen

-

Datum

-

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

1. Ein IT-Experte, der als Arbeitnehmer für einen Kunden des Auftraggebers tätig ist, vom Kunden Weisungen entgegen nimmt und in dessen Betriebsorganisation eingebunden ist, ist abhängig beschäftigt.

2. Der Auftraggeber ist nach den Grundsätzen der Arbeitnehmerüberlassung beitragspflichtig.

I. Die Klage gegen den Bescheid vom 28.10.2009 in der Fassung des Bescheids vom 16.2.2011 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24.5.2011 wird abgewiesen.

II. Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten um Status des Beigeladenen und Versicherungspflicht der Klägerin im Hinblick auf die Tätigkeit des Beigeladenen als Software-Entwickler im Zeitraum vom 1.7.2008 bis 30.09.2009.

Die Klägerin ist eine deutsche Gesellschaft in der Gesellschaftsform der Gesellschaft mit beschränkter Haftung mit dem Unternehmensgegenstand (aktueller Handelsregisterauszug) Handel mit Computern und Software, Veranstaltung von Schulungen am Computer und Erarbeitung von EDV-Lösungen, insbesondere durch Eigenentwicklung von Software. Der Beigeladene ist ein Naturwissenschaftler (Hochschulabschluss in Mathematik und Physik) ukrainischer Staatsbürgerschaft. Die Kundin der Beigeladenen, die T. GmbH & Co OHG (nunmehr: T.), ist die Tochter eines weltweit tätigen Telekommunikationskonzerns.

Mit Schreiben vom 9.9.2008 (Eingang bei der Beklagten am 10.10.2008) stellten die Klägerin und der Beigeladene Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status. Der Beigeladene war bei der T. als Ingenieur (EAI [Enterprise Application Interface]-Developer) im Auftrag der Klägerin tätig. Der Beigeladene beschrieb seine Aufgabe als die Durchführung von Design, Entwicklung, "Unit Testing", Dokumentation sowie Implementierung von Neuentwicklungen. Er war für die Klägerin ausschließlich bei T. tätig.

Der Beigeladene gab in diesem Antrag an, dass er nicht am Betriebssitz der Klägerin arbeite, regelmäßige Arbeitszeiten wären nicht einzuhalten, Weisungen würden ihm nicht erteilt werden und das Einsatzgebiet könne nicht ohne seine Zustimmung verändert werden. Im Hinblick auf sein eigenunternehmerisches Handeln nennt er eine eigene ständig aktualisierte Website sowie aktives Suchen nach Folgeprojekten in gängigen Jobbörsen inklusive der Platzierung des eigenen Lebenslaufs. Kapitaleinsatz sei nicht nötig, da er eine Dienstleistung erbringe, seine Preisgestaltung orientiere sich am Markt.

Dem Antrag beigefügt ist ein "Rahmenvertrag über Beratungsdienstleistungen" des Beigeladenen mit der Klägerin vom 23.6.2008 (nunmehr: RVD). Nach § 1.1 RVD wird die Dienstleistung in Anlage 1 definiert. Gemäß dieser Anlage ("Projektvertrag über Beratungsdienstleistungen" vom 23.6.2008, nunmehr: PV) repräsentiert der Beigeladene die Klägerin im Rahmen der Betreuung des Projektes "Developer EAI". Das Projekt wird, so weit erforderlich, auch beim Kunden der Klägerin, d.h. bei der T. in A-Stadt, durchgeführt (Ziffer 1 (2) PV). Der Beigeladene ist verpflichtet, die technischen Hilfsmittel zu stellen, welche von der T. nur nach Absprache zur Verfügung gestellt werden (Ziffer 1 (2) PV). Die Tätigkeit, die mit 504 EUR pro Tag zzgl. ges. MwSt. vergütet wird (Ziffer 2 PV), wird direkt mit der T. abgestimmt. Abgerechnet wird gegenüber der Klägerin, wobei die Rechnungen verbindlich unterzeichnete Leistungsnachweise der T. enthalten müssen (Ziffer 2 PV).

Der Beigeladene hat nach § 1.2 RVD keinen Anspruch auf Beauftragung und kann für Dritte tätig werden. Eine Pflicht zur Annahme von Projektverträgen besteht nicht. Der Beigeladene ist im Hinblick auf die Bestimmung der Arbeitszeit sowie bzgl. Art, Ablauf und Einteilung der Leistungserbringung frei, § 1.4 RVD. Die Tätigkeit ist eigenverantwortlich in den Büroräumen des Beigeladenen zu erbringen; die Arbeitsmittel müssen vom Beigeladenen gestellt werden (§ 1.4 RVD). Der Beigeladene wird im Außenverhältnis nur im Namen und im Auftrag der Klägerin tätig. Er darf keine Erklärungen oder Handlungen zulasten der Klägerin vornehmen, § 1.7 RVD. Der Beigeladene kann sich vorbehalten der Zustimmung der Klägerin und des Kunden der Klägerin eines oder mehrerer Erfüllungsgehilfen bedienen. Der Beigeladene hat dann das alleinige Weisungsrecht gegenüber diesen Erfüllungsgehilfen, § 1.8 RVD.

In § 2.1 RVD wird weiter geregelt, dass der Honorarsatz im PV auf Basis eines Stunden- oder eines Tagessatzes spezifiziert wird. Im letzteren Fall besteht ein Tag aus mindestens acht Stunden, wobei darüber hinaus geleistete Arbeitszeit nicht vergütet wird (§ 2.2 RVD). Der Kläger hat seinen genauen Zeitaufwand in Stundenlisten zu erfassen und dem Endkunden (vorliegend: T.) zur Prüfung und Unterschrift vorzulegen. Die Stundenlisten müssen die erbrachten Leistungen genau wiedergeben, § 2.3 RVD. Anspruch auf Honorar im Krankheitsfall oder Urlaub besteht nicht, § 2.7 RVD. Gemäß § 6.3 RVD benennt die Klägerin dem Beigeladenen einen Ansprechpartner für das jeweilige Projekt. Dieser Ansprechpartner der Klägerin ist zur Entscheidung streitiger Fragen befugt. Die Klägerin unterrichtet den Beigeladenen über alle Vorgänge und Umstände, die für die Ausführung des Auftrags von Bedeutung sind.

Der RVD ist bis zum 15. des Monats zum Monatsende kündbar, § 10.1 RVD. Eine Kündigung des RVD bedeutet keine Kündigung des PV. Dessen Leistungen sind trotz Kündigung des RVD bei einem Verzichtrecht der Klägerin durchzuführen. Bei fehlendem Verzicht gelten die Regelungen des RVD für den PV weiter, § 10.2 RVD. Der PV kann beidseitig ordentlich mit einer Frist von vier Wochen gekündigt werden, sofern dies vom Kunden der Klägerin gewünscht wird und die Fertigstellung und der Erfolg des Projekts hierdurch nicht gefährdet werden, § 10.5 RVD.

In § 12.1 RVD wird weiter geregelt, dass der Beigeladene die Klägerin repräsentiert und Vertragsverhandlungen jeglicher Art ausschließlich mit der Klägerin führt. Gemäß § 13.6 RVD schließt die Klägerin für den Beigeladenen zur Absicherung von Schadensereignissen aus der Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin eine Haftpflichtversicherung ab (Deckungssumme je Schadensereignis 1.022.584 EUR für Personen- und Sachschäden).

Die T. bestellte am 4.7.2008 (Nr. 554629, Zeitraum 1.7.2008 bis 30.9.2008), am 19.9.2008 (Nr. 569568, Zeitraum 1.10.2008 bis 31.12.2008) sowie am 4.12.2008 (Nr. 585829, Zeitraum 1.1.2009 bis 31.3.2009) ausschließlich die Leistung des Beigeladenen für jeweils 57 Tage bei einem Preis von 640 EUR pro Tag bei einem Gesamt-Bestellvolumen in Höhe von jeweils 36.480 EUR. Die Leistung wurde von der T. jeweils am 30.9.2008, am 31.12.2008 sowie am 31.3.2009 abgenommen. Entsprechend wurde der PV sowie zwei weitere Projektverträge mit identischem Inhalt am 24.9.2008 sowie am 9.12.2008 abgeschlossen. Der Beigeladene stellte der Klägerin seine Arbeit im Zeitraum vom 1.7.2008 bis 31.3.2009 mit Rechnungen vom 7.8.2008, 7.9.2008, 7.10.2008, 4.11.2008, 4.12.2008, 15.1.2009, 9.2.2009 und 6.3.2009 unter Anheftung von Aufzeichnungen, an welchen Tagen er gearbeitet hat, in Rechnung. Hieraus ergibt sich, dass der Kläger nahezu alle Werktag (unter Zugrundelegung einer Fünftageweche) für die T. tätig war mit kurzen Unterbrechungen am 9.8.2008, 1.9.2008-5.9.2008, 24.12.2008 und 31.12.2008.

Mit Bescheid vom 5.2.2009 lehnte die Beklagte eine Statusfeststellung ab, da der Beigeladene nicht auf eine entsprechende Anforderung von Unterlagen reagiert habe und weder der Hauptvertrag zwischen der Klägerin und der T. noch das Pflichtenheft des Projektleiters für das zu betreuende Projekt vorgelegt worden seien.

Mit Schreiben vom 20.3.2009 erklärte die Geschäftsführung der Klägerin, dass es außer der miteingereichten Aufgabenbeschreibung und der Projektbeschreibung in der Ausschreibung keine weiteren Tätigkeitsbeschreibungen gebe. Es würde auch kein Pflichtenheft existieren.

Die Klägerin erklärte weiter für den Beigeladenen, dass die Arbeitsmittel (eigener PC, selbst erworbene stets zu aktualisierende Software, aktualisiertes Know-how) vom Beigeladenen selbst zu stellen seien. Der Beigeladene würde seine Arbeit überwiegend vor Ort bei T. ausführen, teilweise aber auch zuhause, wobei eine prozentuale Angabe nicht möglich sei. Ein zeitlicher Rahmen sei nur insofern festgesetzt worden, als der Vertrag mit Leistungsabnahme endete bei einer vorab veranschlagten Menge an Manntagen, spezielle Anwesenheitszeiten seien nicht vorgegeben. Der Beigeladene müsse mit anderen Projektmitarbeitern (sowohl intern als auch extern) kommunizieren. Dabei arbeite der Beigeladene absolut autonom und nicht weisungsgebunden. Es würden keine feststehenden Besprechungstermine bestehen; vielmehr würde der Beigeladene Gespräche nach Bedarf führen, zum Beispiel mit einzelnen Projektmitarbeitern oder auch mit Projekt- und Gruppenleitern.

Die Klägerin legte einen Rahmenvertrag zwischen Viag Interkom (Rechtsvorgängerin der T.) und der Klägerin vom 14.5.1998 vor (nunmehr: RV). Danach erbringt die Klägerin für die V. die in der Anlage 1 genannten Leistungen durch ihr Unternehmen oder durch beauftragte Dritte. Die Klägerin benennt einen Projektverantwortlichen, der für alle das Projekt betreffende Fragen alleinverantwortlicher Ansprechpartner ist (§ 1.5 RV). Die Klägerin erhält für die erbrachte Leistung pro Arbeitstag bei einer veranschlagten durchschnittlichen Arbeitszeit von 10 Stunden pro Tag (50 Stunden die Woche) eine Vergütung gemäß der Anlage zum Rahmenvertrag (§ 2.1 RV). Bestandteil der Honorar-Abrechnung sind die von V. abgezeichneten und in Kopie der Rechnung beiliegenden Stundennachweise der Klägerin sowie Belege für etwaige Auslagen in Kopie (§ 2.5 RV). Die Klägerin verpflichtet sich, ihre Vergütung zu versteuern, gegebenenfalls Sozialabgaben zu entrichten und anderen derartigen Verpflichtungen nachzukommen (§ 2.6 RV). Sofern die geschuldete Leistung durch Mitarbeiter der Klägerin erbracht wird, kann V. verlangen, dass die Beratungstätigkeit einzelner Mitarbeiter der Klägerin durch andere Mitarbeiter erbracht wird, sofern jene nicht die vereinbarte Qualifikation oder eine etwa erforderliche Arbeitserlaubnis aufweisen (§ 7.4 RV).

In der Stellenausschreibung zum streitgegenständlichen Projekt ("Aufgabenbeschreibung - 3020: 1.7.2008 bis 30.9.2008 mit Verlängerungsoption") wird als Zielsetzung der Aufgabe festgesetzt: "Technisches Design und Implementierung von Neuentwicklungen auf Basis von Tuxedo/WLS Applikation EAI-RCS. Aufsetzen und Pflege von Environments sowie Third-Level-Support." Die Aufgabe wurde allein vom Beigeladenen ausgeführt, wie die o.g. Bestellungen belegen.

Mit Anhörung vom 24.7.2009 wurden die Klägerin und der Beigeladene darauf aufmerksam gemacht, dass die Beklagte von einer abhängigen Beschäftigung ausgeht. Mit Schreiben des Klägerbevollmächtigten vom 23.9.2009 beschreibt der Klägerbevollmächtigte die

Klägerin als einen IT-Projektdienstleister, der seine Kunden bei jeglichen Projekten unterstützt, insbesondere maßgeschneiderte, integrierte und flexible Lösungen für sämtliche Fragen des IT-Geschäfts auf den neuesten Stand der Technik anbietet. Insbesondere die Vermittlung von externen IT-Ressourcen (Spezialisten/Berater) spiele eine wesentliche Rolle. Die Klägerin würde selbstständige Spezialisten aus ihrem eigenen Spezialisten-Pool (Datenbank) und aus allgemein zugänglichen Portalen für Freiberufler wie zum Beispiel [www.gulp.de](http://www.gulp.de) rekrutieren. Diese Spezialisten würden als Unternehmer der Klägerin fungieren. Der Beigeladene würde seit etwa sieben Jahren freiberuflich und selbstständig als IT-Berater am Markt auftreten. Er wäre und werde auch künftig außer für die Klägerin auch für andere Auftraggeber tätig. Das streitgegenständliche Projekt sei befristet, eine Verlängerung von den Vertragspartnern zwar erhofft, aber nicht sicher gewesen. Dementsprechend sei er für weitere Auftraggeber wie V. Germany GmbH, IBM Deutschland GmbH, European C. GmbH sowie B. C. AG tätig gewesen. Der Beigeladene sei für den Erhalt und Ausbau seiner Fachkompetenz alleine verantwortlich und müsse demnach Fortbildungen alleinverantwortlich durchführen.

Die Klägerin habe mit der T. einen eigenen Projektvertrag abgeschlossen, der unter anderem die zu erbringende Dienstleistung, den Projektzeitraum und den zu vergütenden Tagessatz festlege. Mangels eigener "man-power" suche die Klägerin anhand der Projektanforderungen einen geeigneten Spezialisten. Mit diesem werde dann ein Rahmenvertrag sowie ein Projektvertrag abgeschlossen. Der gefundene Spezialist werde dann beauftragt, die gegenüber dem Kunden der Klägerin - vorliegend T. - eingegangenen vertraglichen Verpflichtungen zu erfüllen. Weder der Kunde der Klägerin (T.) noch die Klägerin selbst seien berechtigt, dem von der Klägerin eingesetzten Spezialisten (dem Beigeladenen) arbeitsrechtlich relevante Weisungen zu erteilen.

Der Beigeladene habe keine feste, geregelte Arbeitszeit, sei in der Gestaltung seiner Arbeitsabläufe völlig frei (ohne Kontrolle der Arbeitsabläufe im Sinne einer auch nur stichprobenartigen Beaufsichtigung). Die Tatsache, dass der Beigeladene bei der T. formalisierte Leistungsnachweise vom dortigen Projektleiter habe abzeichnen lassen müssen, diene in keiner Weise einer Kontrolle der Leistungen des IT-Beraters, sondern der T. ausschließlich als interner Beleg zum Zwecke der Abrechnung.

Das wirtschaftliche Risiko des Beigeladenen bestünde vor allem darin, dass er je nach Einsatz von Arbeit und Kapital seinen unternehmerischen Erfolg bestimmen beziehungsweise steigern könne. Hier gebe es für ihn keine grundsätzliche Begrenzung. Der Beigeladene würde bei einem Verdienst von bis zu 12.000 EUR im Monat gut das Doppelte eines abhängig beschäftigten IT-Spezialisten verdienen. Dieser enormen Möglichkeit als Chance einerseits stehe das Risiko gegenüber, nicht jederzeit einen entsprechenden Projektauftrag akquirieren zu können.

Mit streitgegenständlichem Bescheid vom 28.10.2009 wurde festgestellt, dass die Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin seit dem 1.7.2008 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die zu beurteilende Tätigkeit beinhalte das technische Design und die Implementierung von Neuentwicklungen auf Basis von Tuxe-do/WLS Applikation EAI-RCS und Aufsetzen und Pflege von Environments sowie Third-Level-Support. Dem Beigeladenen würde kein relevanter Handlungsspielraum mehr verbleiben, da die zu erbringende Leistung vertraglich zwischen der Klägerin und der T. detailliert geregelt sei. Hinsichtlich der Ausführung der zu erbringenden Leistung würde der Beigeladene der Vorgabe des Endkunden/Projektleiters von T. unterliegen. Die freie Gestaltung der Arbeitszeit sei durch die Kontrolle der Anwesenheits- und Abwesenheitszeiten und die terminlichen Vorgaben von T. begrenzt. Im Hinblick auf den Tätigkeitsort sei der Beigeladene gebunden, da er auf die Nutzung der am Betriebssitz des Kunden zur Verfügung stehenden Arbeitsmittel angewiesen sei. Die Tätigkeit werde in Teamarbeit mit anderen Projektmitarbeitern erbracht. Es bestehe die Verpflichtung, die Leistung persönlich zu erbringen. Es würde kein Vertragsverhältnis zwischen dem Beigeladenen und der T. bestehen, so dass der Beigeladene kein Haftungsrisiko tragen würde. Es würde nicht der Projekterfolg zählen, sondern auf der Grundlage von abgezeichneten und kontrollierten Zeiterfassungsbögen abgerechnet werden.

Der Beigeladene sei persönlich abhängig in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert. Das der Klägerin obliegende Weisungsrecht werde im Rahmen des zu erfüllenden Auftrags an die T. delegiert und von dieser ausgeübt. Da die tatsächliche Verpflichtung bestehen würde, die übertragenen Aufgaben zu einem bestimmten Zeitpunkt an einem bestimmten Ort auszuführen, sei der Beigeladene weder im Hinblick auf die Arbeitszeit noch im Hinblick auf den Arbeitsort frei. Der Beigeladene würde nach außen hin nicht als Selbstständiger auftreten, sondern im Namen der Klägerin. Daher würde der Beigeladene im allgemeinen Geschäftsverkehr nicht als Selbstständiger wahrgenommen.

Ein Kapitaleinsatz, der auch mit der Möglichkeit eines Verlustes verbunden ist, liege nicht vor. Ein unternehmerisches Handeln sei nicht möglich. Der Beigeladene sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Die eigene Arbeitskraft werde nicht mit einem ungewissen Erfolg eingesetzt. Von einer unternehmerischen Gestaltungs-freiheit ließe sich nicht sprechen.

Mit Ergänzungsbescheid vom 16.2.2011 wurde festgestellt, dass für die in der Zeit vom 1.7.2008 bis zum 31.3.2009 ausgeübte Beschäftigung des Beigeladenen für die Klägerin Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

Nach Widerspruch vom 27.11.2009 wurde dieser mit Widerspruchsbescheid vom 24.5.2011 zurückgewiesen. Am 8.6.2011 hat der Klägerbevollmächtigte Klage zum Sozialgericht München erhoben. Der Kläger sei nur noch bis zum 30.9.2009 für die Klä-gerin/T. tätig gewesen. Der Beigeladene sei nicht auf Weisung der Klägerin oder der T. tätig gewesen und weder in die Betriebsorganisation der Klägerin noch von T. eingegliedert gewesen. Bei dem Beruf des IT-Spezialisten komme sowohl eine selbstständige als auch eine abhängige Beschäftigung infrage. Es sei unrichtig, dass der Beigeladene keinen relevanten Handlungsspielraum mehr gehabt hatte. Es sei entscheidend auf das Know-how, die Kreativität und die Entscheidungskompetenz des Beigeladenen angekommen. Es habe keine Vorgaben von T. über die Aufgabenbeschreibung hinaus gegeben, auch keine Weisungen des Projektleiters der Klägerin. Es gebe keine Vereinbarung einer Arbeitszeit von acht Stunden täglich. Es gebe keinerlei festgelegte Arbeitszeit; der Beigeladene wäre frei darin gewesen, wann er seine Leistung er-bringt. Die Leistungsnachweise seien nur pro forma ausgefüllt worden; in der Wirklichkeit würde nicht acht Stunden gearbeitet werden, sondern meist sechs bis zwölf Stunden, teilweise auch tageweise überhaupt nicht. Ein Haftungsrisiko für den Beigeladenen würde bestehen, da im Falle einer Haftung der Klägerin gegenüber der T. wegen einer Schlechtleistung des Beigeladenen die Klägerin Rückgriff auf den Beigeladenen nehmen würde.

Der Beigeladene sei örtlich nicht eingebunden gewesen. Er habe lediglich sein Know-how und seinen Laptop benötigt, um seiner

Haupttätigkeit der Programmierung von Software nachzugehen. Der Beigeladene habe auch in den Räumlichkeiten von T. mit seinen eigenen Betriebsmitteln gearbeitet und nur selektiv und soweit unvermeidbar mit anderen Mitteln. Abstimmungsbedarf mit dem Endkunden würde nur in unregelmäßigen Abständen und geringem zeitlichen Umfang entstehen.

In der mündlichen Verhandlung gab der Beigeladene folgende Aussagen zu Protokoll: "Ich bin für die Wartung und Pflege einer existierenden Software für das "Billing" der "Pre-paid"-Karten der T. tätig gewesen. Die T. hat mir den Rechner, die Telefonleitung und das Büro (Großraumbüro für 4 Personen) gestellt. Festangestellte Mitarbeiter der T. hatten Firmenhandys, Kantinen- und Parkgaragenvergünstigungen, Weihnachts- und Urlaubsgeld. Ich nicht. Ich habe tatsächlich mehr als acht Stunden pro Tag gearbeitet. Es gab für mich kein Zeiterfassungssystem, sondern nur eine Eintrittskarte. Herr D. hat mir eine Aufgabe gegeben und dafür teilweise die Arbeitszeit geschätzt, z. B. acht Arbeitstage. Die Schätzung war meist sehr knapp, d. h. ich habe wesentlich mehr als diese acht Stunden gearbeitet. Ich habe für das "bug-tracking-system" der T. gearbeitet. Jeder einzelne "bug", der aufgetreten ist, hat einen Bearbeiter aus dem Team bekommen. Es wurde protokolliert, wann der "bug" aufgetreten, getestet und behoben wurde. Das Team hat aus ca. acht Leuten bestanden, davon waren meines Wissens zwei Mitarbeiter von T. gewesen, der Rest waren freie Mitarbeiter. So genau weiß ich das nicht, da müssten Sie den Zeugen D. fragen. Ich habe auch manchmal drei Stunden am Tag arbeiten können, nach Abstimmung mit Herrn D. ... Das konnte ich auch flexibel am Samstag nacharbeiten. Ich hab im Projektzeitraum ca. dreimal samstags gearbeitet. Herr D. hat die Aufgaben priorisiert, dies ist nicht immer passiert, sondern ab und zu. Er hat gesagt, lege Aufgabe A zur Seite und mache Aufgabe B. Dann hab ich das selbstverständlich auch so gemacht. Es gab auch eine wöchentliche EAI (enterprise application interface)-Teambesprechung für 2 Stunden (Statusbesprechung). Ich musste da hin. Es gab zudem Anlassbesprechungen ca. 3-mal pro Woche eine halbe bis eine Stunde. Nicht für jede Aufgabe wurde ein Manntag vorgegeben. Ich musste tatsächlich acht Stunden pro Tag arbeiten. Nicht genau aber mindestens. An meinem Zimmer stand ein Schild "C. extern (Satz)", weiter waren andere Mitarbeiter genannt. Ich hatte auch eine externe E-Mail-Kennung. Ich hatte auch keinen Erfüllungsgehilfen. Ich habe alles selber gemacht. Ich habe an jedem der Tage in den Stundenauflistungen gearbeitet, nicht genau acht Stunden, zumeist mehr, teilweise weniger. Eine Ansprechpartnerin bei der Klägerin war die Frau E., die aber nur für administrative Dinge zuständig ist. Mit inhaltlichen Fragen ist sie nicht betraut. Inhaltlich wendete ich mich an den Herrn D. und/oder seinen Vertreter. Es gab keine streitigen Fragen im Projektzeitraum zwischen der T. und mir. Ich hab auch eine Betriebshaftpflichtversicherung über 250.000,00 Euro für meine Freelancer-Tätigkeit abgeschlossen. (...) Ich habe keinen eigenen Kapitaleinsatz getätigt. Für Recherche-Tätigkeiten habe ich ca. acht Stunden pro Monat von zuhause aus gearbeitet, ansonsten nur bei der T., da die Arbeit aus Sicherheitsgründen dort durchgeführt werden musste. Ich habe in ein bestehendes Programm der T. hineinprogrammiert und keine eigene Software gekauft. Ich habe aber drei Bücher für das Thema "Frame-Work" (ca. 50 EUR pro Buch) gekauft. Ich hatte auch ein Leasingauto mit ungefähr 519,00 Euro im Monat. Im Team bei der T. war ich Verstärkung. Der Herr D./sein Vertreter verteilte die Aufgaben entweder an mich oder an einen Kollegen im Team. Andere Kollegen haben mich auch um Hilfe gebeten. Mein unternehmerisches Risiko sehe ich darin, dass ich ohne Projekt keine Einkünfte habe und auch eine eigene Betriebshaftpflichtversicherung abgeschlossen habe. Falls ich krank gewesen wäre, hätte ich keine Vergütung bekommen. Ich war aber nie krank."

Der Beigeladene bestätigte weiter, dass er bestimmte Weisungen zur Reparatur von bestimmten "bugs" von Herrn D. oder seinem Stellvertreter bekommen hat. Weiter sei die Abnahme seiner Ergebnisse dergestalt von der T. vorgenommen worden, dass seine "bug"-Reparatur in das Protokoll des Computersystems eingetragen wurde.

Er legte weiter Steuerunterlagen für die Jahre 2008 und 2009 sowie ein Datenblatt mitsamt Interview und Lebenslauf vor, mit dem er im streitgegenständlichen Zeitraum für sich auf der Website [freelancermap.de](http://freelancermap.de) warb. Zudem hat der Beigeladene bestätigt, dass er im Kalenderjahr 2007 nicht abhängig beschäftigt war.

Die Mitarbeiterin der Klägerin, Frau E., erklärte, dass die Klägerin eine Erlaubnis nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz habe. Bei purer Schlechtleistung wäre dem Beigeladenen ordentlich gekündigt worden (Kündigungsfrist vier Wochen), falls eine einvernehmliche Lösung nicht möglich gewesen wäre.

Der von der Kammer angehörte Zeuge F. (Teamleiter der T.) sagte aus was folgt: "Die Aussagen des Beigeladenen kann ich bezogen auf die Tätigkeit bei der T. bestätigen. Es waren nur nicht immer acht Leute über den Projektzeitraum im Team. Das Team war ca. zu 60 % intern und zu 40 % extern besetzt. Es gibt vier größere Lieferungsprojekte im Jahr, bei denen sich die Implementierungsphase und die Analysephase überlappen. Die Externen sind eher für das "Low-Level-Design", dessen Umsetzung und Fehlerbehebung und die Internen eher für die Analyse zuständig, wobei die Internen auch die Fehler analysieren. Die Spezifikation (Abteilung der internen Analysten) hat dem Beigeladenen gesagt, was er zu tun hat. Ich kann mich nicht an konkrete Priorisierungen erinnern in Bezug auf den Beigeladenen, da ich auch viel auf meinen Stellvertreter delegiert habe. Aber es kam mitunter zu einer Priorisierung des ganzen Teams, der dann auch der Beigeladene unterworfen war. Teilweise hat sich die Priorisierung auch aus dem Projekt heraus ergeben, da die "bugs" schon mit einer Priorität belegt waren. Diese Priorisierung kam von den betroffenen Abteilungen der Telefonica. (...) Das Team bekommt eine Anforderung von einer anderen Abteilung, das Design zur Umsetzung dieser Anforderung machen die Internen. Die Externen programmieren in das Design und machen auch Fehlerbehebung. Da nicht in jedes Design programmiert werden kann, besteht Abstimmungsbedarf zwischen internen und externen Mitarbeitern. Es gab keine Arbeitszeitregelung für Externe, so dass sie kommen und gehen können, wie sie möchten. Natürlich ist das Team auf bestimmte Informationen angewiesen, die hätte man aber auch telefonisch oder per E-Mail erlangen können. Im konkreten Fall des Beigeladenen waren die Anwesenheitszeiten so, wie die Projektbegebenheiten es erfordert hatten. Ich habe dem Beigeladenen nie hinterher telefonieren müssen, um Informationen zu bekommen. Es gab zwei- bis dreimal pro Monat eine unregelmäßige Meilensteinkontrolle. Hierbei war das Team im Fokus, ob das Team im Plan ist."

Der Klägerbevollmächtigte erklärte, dass die fehlenden Arbeitszeit-Vorgaben, die hinreichende Unterscheidbarkeit des Tätigkeitsprofils von Beigeladenem und Externen sowie der Parteiwille, der in den Verträgen zum Ausdruck komme, für eine selbständige Tätigkeit sprechen würden. Der Beklagtenvertreter hat die Auffassung vertreten, dass die T.eigene Mitarbeiter durch Mitarbeiter einer Fremdfirma ersetzt habe, die aber wie eigene Mitarbeiter weisungsgebunden in die Betriebsorganisation der T. eingebunden gewesen seien.

Der Klägerbevollmächtigte beantragt: 1. Der Bescheid der Beklagten vom 28.10.2009 in Gestalt des Bescheids vom 16.2.2011, dieser in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24.5.2011 wird aufgehoben. 2. Die Beklagte wird verpflichtet festzustellen, dass die vom Beigeladenen im Auftrag der Klägerin seit dem 1.7.2008 bis zum 30.9.2009 ausgeübte Tätigkeit als selbstständige Tätigkeit nicht sozialversicherungspflichtig ist. 3. Die Beklagte trägt die Kosten des Rechtsstreits.

Der Beigeladene hat keine Anträge gestellt.

Der Beklagtenvertreter beantragt, die Klage abzuweisen.

Zur weiteren Darstellung des Sachverhaltes wird auf die beigezogene Akte der Beklagten sowie die vorliegende Prozessakte, insbesondere auf die Sitzungsniederschrift, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den §§ 87, 90 Sozialgerichtsgesetz (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Klage des Klägers ist insoweit unzulässig, als die Feststellung des Status für die Zeit vom 1.4.2009 bis zum 30.9.2009 begehrt wird. Die Beklagte hat für diesen Zeitraum keine Versicherungspflicht festgesetzt, so dass die Klägerin nicht beschwert ist.

Die im übrigen zulässige Klage ist in der Sache nicht begründet. Der Bescheid vom 28.10.2009 in der Fassung des Bescheids vom 16.2.2011 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 24.5.2011 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten, § 54 Abs. 2 SGG. Für die Tätigkeit des Beigeladenen als EAI-Developer für die T.in der Zeit vom 1.7.2008 bis 31.3.2009 besteht Versicherungspflicht der Klägerin in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Die angefochtenen Bescheide sind formell rechtmäßig. Sie sind nach erfolgter Anhörung der Beteiligten ergangen, zudem hat die Beklagte mit Änderungsbescheid vom 16.2.2011 die Anforderungen erfüllt, die das BSG an eine Statusfeststellung gestellt hat. Danach genügt nicht die losgelöste Entscheidung über das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, sondern es ist ebenso eine Feststellung zum Vorliegen von Versicherungspflicht zu treffen (BSG 11.03.2009, B 12 R 11/07 R, BSGE 103, 17 = SozR 4-2400 § 7a Nr 2 mit Anmerkung von Plagemann, EWIR 2009, 689; 04.06.2009, B 12 R 6/08 R, ju-ris; hierzu auch ausführlich Merten, SGB 2010, 271).

Die Bescheide sind auch materiell rechtmäßig.

1. Nach § 7a Abs 1 Satz 1 Sozialgesetzbuch Viertes Buch - SGB IV - können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach § 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt (§ 7a Abs. 2 SGB IV).

Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung haben der Beigeladene und die Klägerin mit Schreiben vom 9.9.2008, eingegangen bei der Beklagten am 10.10.2008, gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

2. Die Kammer ist aufgrund der Befragung des Beigeladenen und des Zeugen D. der Überzeugung, dass die Klägerin den Beigeladenen an die T. im Rahmen einer Arbeitnehmerüberlassung überlassen hat. Bei - wie von der Klägerin vorgetragen - bestehender Erlaubnis nach § 1 des Gesetzes zur Regelung der Arbeitnehmerüberlassung (Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG - in der Gültigkeit vom 08.11.2006 bis 31.01.2009 sowie vom 01.02.2009 bis 31.12.2010) resultiert die Beitragspflicht der Klägerin direkt aus ihrer Arbeitgeberstellung, §§ 1 Abs. 1 AÜG, 28 e Abs. 1, Abs. 2 S. 1 SGB IV (vgl. LSG NRW, Beschluss vom 21.7.2011, L 8 R 280/11 B ER, Rn. 17 unter juris).

Bei fehlerhafter Erlaubnis würde die Klägerin indes aufgrund der Fiktionswirkung von § 10 Abs. 1 AÜG i.V.m. § 9 Nr. 1 AÜG aufgrund des tatsächlichen Arbeitsverhältnisses zwischen dem Beigeladenen und der Klägerin (neben dem fingierten Arbeitsverhältnis zwischen dem Beigeladenen und der T. ) gesamtschuldnerisch mit der T. für die Sozialversicherungsbeiträge haften, §§ 10 Abs. 3 AÜG, §§ 28 e Abs. 2 S. 3 u. S. 4 SGB IV (vgl. Koch in Schaub, Arbeitsrechts-Handbuch, § 120 Arbeitnehmerüberlassung, 15. Auflage 2013, Rn. 61, 78).

Die Fiktionswirkung von § 10 Abs. 1 AÜG tritt - bei fehlender Erlaubnis - auch dann ein, wenn - wie vorliegend - Verleiher, Entleiher und Leiharbeiter subjektiv der Auffassung waren, der Arbeitseinsatz des Arbeitnehmers erfolge aufgrund eines Dienst-/Werkvertrags, es sich aber objektiv um eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung handelt (§ 1 Abs. 3 AÜG) (vgl. Koch, a.a.O., Rn. 70 unter Verweis auf BGH, Urteil vom 8.11.1979, VII ZR 337, 38).

a. Der Beigeladene ist im Zeitraum vom 1.7.2008 bis zum 30.9.2009 bei der Telefónica als Weisungsgeber im Sinne von § 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV gegen Arbeitsentgelt beschäftigt gewesen.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht (§ 5 Abs 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch, § 20 Abs 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch, § 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch, § 25 Abs. 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV in der ab 1.7.2008 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 7, BSG 04.07.2007, B 11a AL 5/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 8) 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 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 (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit Bundesverfassungsgericht 20.05.1996, 1 BvR 21/96, SozR 3-2400 § 7 Nr 11). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, B 12 KR 31/06 R, SozR 4-2400 § 7 Nr 7).

Das Gesamtbild bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen. 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 geht der nur formellen Vereinbarung vor, soweit eine - formlose - Abbedingung rechtlich möglich ist. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen (BSG 01.12.1977, 12/3/12 RK 39,74, [BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG 04.06.1998, [B 12 KR 5/97 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); BSG 10.08.2000, [B 12 KR 21/98 R](#), [BSGE 87, 53](#), 56 = [SozR 3-2400 § 7 Nr 15](#); jeweils mwN).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt die Kammer unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass der Beigeladene vom 1.7.2008 bis zum 30.3.2009 als IT-Experte für die T. eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ([§ 7 Abs. 1 S. 1 SGB IV](#)) ausgeübt hat und daher Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

aa. Der Beigeladene war in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers T. eingegliedert ([§ 7 Abs. 1 S. 2 Alt. 2 SGB IV](#)).

Die T. stellte dem Beigeladenen alle Betriebsmittel, die für seine Tätigkeit bei der T. erforderlich sind, wie insbesondere Büro, Rechner, Software und Telefonlei-tung. Der Beigeladene verbrachte wie ein Vollzeit-Arbeitnehmer nahezu alle möglichen Arbeitstage im Projektzeitraum (unterbrochen nur von kurzen Pausen zu Weihnachten und Ostern, in denen auch die meisten Arbeitnehmer fehlen, sowie am 9.8.2008 sowie in einer Woche im September) in den Betriebsräumen der T., um dort Programmier-tätigkeiten für die Telefónica auszuüben. Dass der Beigeladene darüber hinaus in einem geringen Umfang (acht Stunden pro Monat) auch zuhause mit seinem eigenen Laptop Recherchetätigkeiten ausführte, in geringem Umfang (150 EUR) aus eigenen Mitteln Fachliteratur kaufte und ein Leasing-Fahrzeug besaß, ändert nichts daran, dass die Tätigkeit so-wohl im Hinblick auf die örtlich-zeitliche Dimension als auch im Hinblick auf den Einsatz von Betriebsmitteln von der Telefónica geprägt wurde.

Zudem hat der Beigeladene als Mitglied eines Teams, das ca. zur Hälfte aus internen Be-schäftigten der T. und zur Hälfte aus Externen bestand, eng mit den "eigentlichen" Mitarbeitern der Telefónica zusammengearbeitet. Auch war die Bezahlung des Bei-geladenen (durch die Klägerin) an die Genehmigung der Telefónica gebunden, da diese nur erfolgte, wenn die Teamleitung der Telefónica die geleisteten Arbeitstage gegenzeichnete.

Dass die "Externen" jeweils etwas anders gewichtete Aufgaben wahrzunehmen hatten als die "Internen" (diese zuständig vor allem für das "low-level-design", jene vor allem für das "software-design", beide aber für Fehlerkorrekturen) spricht nicht gegen eine Einbettung des Beigeladenen in die Betriebsorganisation der T. ... Hätte die T. die Aufgabenbereiche der Externen mit "Internen" besetzt, würden diese die Aufgabe in keiner Weise anders ausüben als die "externen" Mitarbeiter. Insbesondere würde sich an der Befehlshierarchie innerhalb des Teams nichts ändern.

bb. Der Beigeladene unterlag den Weisungen des Weisungsgebers Telefónica ([§ 7 Abs. 1 S. 2 Alt. 1 SGB IV](#)).

Nach eigenen Angaben unterlag der Beigeladene einem zeitlichen Weisungsrecht der T., da das vorzeitige Verlassen des Betriebs, das nach Aussage des Beigeladenen im Projektzeitraum äußerst selten vorgekommen ist, nur nach Absprache mit dem Zeugen D. als Vorgesetzter des Teams oder seinem Vertreter möglich war. Dementsprechend er-achtet die Kammer die Aussage des Zeugen D. als wenig glaubwürdig, dass externe Mitarbeiter "kommen und gehen konnten, wie sie wollten". Hiergegen spricht auch das vom Zeugen bekundete Informationsbedürfnis des Teams und von dessen Vorgesetzten, wel-ches darin seinen Ausdruck gefunden hat, dass auch im Falle des vorzeitigen Verlassens des Betriebsorts durch einen (externen) Team-Mitarbeiter dieser jederzeit telefonisch oder per E-Mail erreichbar sein musste. Auch im Falle eines Nicht-Acht-Stunden-Tages wurde demnach Arbeitgeberkontrolle ausgeübt.

Der Beigeladene unterlag zudem inhaltlichen Weisungen der T. ... Dies ist schon daran erkenntlich, dass die Aufgabe des Beigeladenen, die vornehmlich in der Fehlerbehebung von T. -eigenen Programmen bestand (das "Fixen" von "bugs"), von der jeweiligen Fachabteilung der T. priorisiert wurde, das heißt jeder "bug" von vor-neherein eine Dringlichkeitspriorisierung besaß. Darüber hinaus konnte und hatte das Teammanagement in besonderen Situationen, in denen diese von den Fachabteilungen vorgegebene Priorisierung nicht zielführend erschienen ist, von der Möglichkeit Gebrauch gemacht, den Beigeladenen anzuweisen, andere "bugs" prioritär zu behandeln.

cc. Die Rechtsnatur der geschlossenen Verträge führt zu keiner anderen Bewertung.

Der RVD zwischen Beigeladenem und Klägerin ist in der praktischen Durchführung we-sentlich anders gelebt worden als dies vertraglich bestimmt war. So hat der Beigeladene entgegen der vertraglichen Bestimmungen (Ziffer 1 (2) PV, § 1.4 RVD) keinerlei techni-sche Hilfsmittel gestellt. Der Beigeladene war auch nicht im Hinblick auf die Bestimmung der Arbeitszeit frei (vgl. § 1.4 RVD), da er bei einer vom Achtstundentag abweichenden Arbeitszeit eine Genehmigung bei der Teamleitung einholen musste. Die dadurch verlorene Arbeitszeit wurde seitens des Beigeladenen an einem Samstag nachgeholt (circa dreimal im Projektzeitraum). Bezeichnenderweise wurde diese Samstagsarbeit in den Stundenaufzeichnungen (die eigentlich Tagesaufzeichnungen sind) nicht protokolliert. Der Beigeladene war somit wie ein typischer (höherer) Arbeitnehmer zur Ableistung einer mindestens 40-Stundenwoche verpflichtet; soweit er an einem einzelnen Arbeitstag die Achtstundenvorgabe nicht erfüllte, wurde dies an einem Samstag nachgeholt.

Auch eine nach Art, Ablauf und Einteilung der Leistungserbringung gegebene Freiheit (§ 1.4 RVD) kann die Kammer nicht erkennen. Der Beigeladene erhielt vom Teamleiter D. nach eigener Auskunft die zu erledigenden Aufgaben zugewiesen. Der Teamleiter hat dem Beigeladenen in Bezug auf bestimmte Aufgaben mitgeteilt, in welchem zeitlichen Horizont (in Manntagen) die Aufgabe zu erledigen ist. Auch der Ablauf der Leistungserbringung war nicht frei, da der Beigeladene regelmäßig an Teambesprechungen, das heißt mindestens einmal pro Woche an der Statusbesprechung und im Durchschnitt circa dreimal pro Woche an (kürzeren) Anlassbesprechungen teilnahm. Auch dies zeigt die tiefe Eingebundenheit des Beigeladenen in die Betriebsorganisation der T.

Die Arbeiten wurden entgegen § 1.4 RVD ganz überwiegend nicht in den Räumlichkeiten des Beigeladenen, sondern in den Räumlichkeiten der Telefónica erbracht. In den Räumlichkeiten des Beigeladenen wurden nur zeitlich vernachlässigbare Recherchetätigkeiten vollzogen, während die vertragsentscheidenden Programmierarbeiten mindestens acht Stunden täglich in den Räumlichkeiten der Telefónica ausgeübt wurden. Der Beigeladene hat entgegen § 2.3 RVD keine Stundenlisten, die die Tätigkeit genau wiedergeben, geführt und sich von der T. gegenzeichnen lassen, wie dies etwa im Rahmen eines Dienstvertrages eines Einzelunternehmers zu erwarten wäre. Vielmehr wurden tageweise Abrechnungen gegengezeichnet, deren Beweiswert sich letztlich wie bei einem typischen Arbeitnehmer nur auf die Anwesenheit des Beigeladenen und nicht auf dessen einzelne Leistungen bezieht.

Schließlich hat die Klägerin dem Beigeladenen entgegen § 6.3 RVD keinen (inhaltlich) verantwortlichen Ansprechpartner für das Projekt benannt. Die Klägerin war mit dem Projekt - abgesehen von der Vermittlung des Beigeladenen - inhaltlich nicht befasst. Die Mitarbeiterin der Klägerin, Frau E., war rein administrativ tätig. Auch im Verhältnis zur T. fehlt ein alleinverantwortlicher Ansprechpartner der Klägerin (vgl. § 1.5 RV).

Die praktische Durchführung des RVD spricht mithin für eine Weisungsgebundenheit des Beigeladenen im Sinne von [§ 7 Abs. 1 SGB IV](#).

dd. Die Kammer kann kein Unternehmertum beim Beigeladenen erkennen. Das Risiko, ohne Projekt keine Einkünfte zu haben, trägt jeder Arbeitnehmer mit befristeten Verträgen. Eine herstellungsbezogene Vergütungsregelung (vgl. Koch, a.a.O., Rn. 8) existiert nicht; der Beigeladene wird wie ein Arbeitnehmer nach geleisteten Stunden (Manntagen) bezahlt. Bei bloßer Schlechtleistung hat er kein größeres Risiko getragen wie ein normaler Arbeitnehmer, da die Beweisaufnahme ergeben hat, dass dem Beigeladenen in diesem Fall wie bei einem Arbeitnehmer lediglich die ordentliche Kündigung gedroht hätte mit der Folge der Weiterzahlung der Vergütung aus dem PV für vier Wochen.

Die vom Beigeladenen abgeschlossene Unternehmerhaftpflichtversicherung war im Hinblick auf die Tätigkeit für die T. nicht erforderlich, da das Haftungsrisiko gemäß § 12.1 RVD bis zur Höhe von ca. 1 Mio. EUR für Personen- und Sachschäden von der für den Beigeladenen von der Klägerin abgeschlossenen Haftpflichtversicherung übernommen worden wäre. Die Art der Rückgriffhaftung, der der Beigeladene gegebenenfalls bei Schlechtleistung ausgesetzt wäre, ist im Hinblick auf die haftungsrechtliche Privilegierung des Arbeitnehmers vom Status abhängig, so dass eine höhere Unternehmerhaftung Ergebnis einer selbstständigen Tätigkeit wäre, deswegen aber nicht gleichzeitig als Indiz für eine selbstständige Tätigkeit herangezogen werden kann (sie ist Folge des Status und begründet ihn nicht).

Für den Beigeladenen sprechen allenfalls die Eigenwerbung auf der Webseite [freelan-cermap.de](#) sowie die Nichtfortzahlung der Vergütung im Krankheitsfall, welches ein typisches Unternehmerrisiko darstellt. Auch kann ggf. eine unternehmerische Chance in der vergleichsweise hohen Vergütung von maximal 120.000 EUR pro Jahr gesehen werden. Dahingestellt bleiben kann, ob eine solche Vergütung auch für angestellte IT-Experten realistisch sind, da diese Argumente pro Unternehmertum in der Gesamtbetrachtung nicht erheblich sind und zurücktreten.

b. Es besteht ein Arbeitnehmerüberlassungsverhältnis zwischen der Klägerin und der T. im Sinne von [§ 1 AÜG](#).

Arbeitnehmerüberlassung liegt vor, wenn der Verleiher dem Entleiher Arbeitskräfte zur Verfügung stellt, die voll in den Betrieb des Entleihers eingegliedert sind und ihre Arbeit allein nach dessen Weisungen ausführen (LSG NRW, Beschluss v. 21.7.2011, [L 8 R 280/11 B ER](#); Beschluss vom 19.12.2012, [L 8 R 289/12 B ER](#), Rn. 35 unter juris). Gerade dieses Weisungsrecht des Entleihers, dem der Arbeitnehmer unterstellt wird, unterscheidet den Arbeitnehmerüberlassungsvertrag von einem Werkvertrag oder Dienstvertrag, innerhalb dessen von den Arbeitskräften eines Unternehmers Arbeiten bei einem anderen verrichtet werden (vgl. BGH, Urteil vom 8.11.1979, VII ZR 337, 38; BAG [Betrieb 1979, 851](#) mwN; Sandmann/Marschall (1979) [Art 1 § 1 AÜG](#) Anm 10; Friedrich Becker, Zeitschrift für Arbeitsrecht 1978, 131, 135, 139f).

Im Gegensatz dazu wird beim Werk- und Dienstvertrag ein Unternehmer für einen anderen tätig. Er organisiert die zur Erreichung eines wirtschaftlichen Erfolges notwendigen Handlungen nach eigenen betrieblichen Voraussetzungen. Die zur Ausführung der vertraglich geschuldeten Leistungen eingesetzten Arbeitnehmer unterliegen als Erfüllungsgehilfen des Werkunternehmers dessen Weisungsbefugnis. Der Werkbesteller kann dem Werkunternehmer lediglich solche Anweisungen geben, die sich auf die Ausführung des Werkes beziehen (vgl. [§ 645 Abs. 1 Satz 1](#) Bürgerliches Gesetzbuch). Maßgeblich für die rechtliche Einordnung der jeweiligen Verträge ist der wirkliche Geschäftsinhalt, der sich aus ausdrücklichen Vereinbarungen wie aus der praktischen Durchführung des Vertrags ergeben kann (LSG NRW, Beschluss vom 21.7.2011, [L 8 R 280/11 B ER](#), Rn. 18 unter juris; BAG, Urteil v. 8.11.1978, [5 AZR 261/77](#), AP Nr. 2 zu § 1 AÜG; BAG, Urteil v. 9.11.1994, [7 AZR 217/94](#), AP Nr. 18 zu § 1 AÜG; BAG, Urteil v. 6.8.2003, [7 AZR 180/03](#), AP Nr. 6 zu § 9 AÜG; BSG, Urteil v. 11.2.1988, [7 RA 5/86](#), AP Nr. 10 zu § 1 AÜG).

Ist das zu leistende Werk nicht abgrenzbar beziehungsweise bestimmbar, liegt regelmäßig Arbeitnehmerüberlassung vor. Indizien für eine Arbeitnehmerüberlassung sind weiter: (1) die Planung und die Organisation der Arbeit durch den Besteller, (2) die Zuweisung von Betriebsräumlichkeiten für die Arbeitnehmer des Werkunternehmers beim Besteller, (3) ein (auch nur zeitweise ausgeübtes) Weisungsrecht durch den Besteller, (4) die fehlende Kontrolle der Arbeitsausübung durch den Werkunternehmer sowie (5) die Pflicht des eingesetzten Arbeitnehmers zur Vorlage von Personaleinsatz und Anwesenheitslisten, zur Abstimmung der Arbeitszeit, des Urlaubs und zur Abgabe der Arbeitsunfähigkeitsmeldung, (6) die Ausstattung mit Werkzeugen und Sicherheitskleidung des Bestellers, (7) die Benutzung der Sozialräume des Bestellers sowie (8) die Übernahme der bisher von Arbeitnehmern des Bestellers ausgeführten Tätigkeiten (Koch, a.a.O., Rn. 8).

Die zu leistende Arbeit des Beigeladenen für T. war nicht von vornherein klar abgrenzbar beziehungsweise bestimmbar, sondern erhielt ihre Bestimmung erst durch die entsprechende Weisung der Teamleitung von T. welcher "bug" zu beheben ist, bzw. durch die Priorisierung der Fachabteilungen bezüglich der einzelnen "bugs". Die Arbeit des Beigeladenen wurde in den Räumlichkeiten der T. geplant und organisiert. Der Beigeladene arbeitete in den Betriebsräumlichkeiten der T. ... Auf der einen Seite bestand ein Weisungsrecht der T. gegenüber dem Beigeladenen, auf der anderen Seite eine fehlende Kontrolle der Arbeitsausübung durch die Klägerin. Auch musste der Beigeladene in oben genanntem Umfang seine Arbeitszeit mit der T. abstimmen. Der Beigeladene hat seine Betriebsmittel von der T. erhalten. Schließlich hat er, wenn auch zu geringfügig schlechteren Konditionen, die Kantine der T. benutzen können und seine Tätigkeit auf die Arbeit der internen Mitarbeiter der T. gestützt, da er in die gegebene Programmstruktur der Software von T. hineinprogrammiert hat und

Fehler der Software von T. aufspüren musste.

Wie oben dargelegt spricht nur wenig für eine nicht abhängige Beschäftigung (welche auch eine Arbeitnehmerüberlassung ausschließen würde, vgl. hierzu auch LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 14.5.2013, [L 11 KR 1396/12](#), Rn. 60 unter juris). Die klägerseits vorgebrachten Argumente (keine Arbeitszeit-Vorgaben, hinreichende Unterscheidung zwischen Beigeladenen und Externen sowie der Parteiwille) können nicht zu einem anderen Ergebnis führen. Wie ausgeführt, ist die Kammer zu der Überzeugung gelangt, dass dem Kläger keine zeitlichen Freiheiten zugebilligt worden sind, die nicht auch ein beschäftigter Mitarbeiter, der mit höheren Aufgaben betraut ist, haben würde. Weisungsgebundenheit bei Diensten höherer Art kann zur funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess verfeinert sein (vergleiche Rittweger, Beck'scher Online-Kommentar, SGB IV, § 7 Rn. 10/2.1). Dies ist vorliegend gegeben, da der Weisungsgeber T. bei allen zeitlich grundsätzlich möglichen Freiheiten darauf geachtet hat, dass die funktionsgerecht dienende Teilhabe am Arbeitsprozess zum Beispiel mittels Erreichbarkeit per Handy oder per E-Mail gewährleistet bleibt. Die Unterscheidbarkeit von "externen" und "internen" Mitarbeitern ist in der Gesamtschau nicht erheblich, da wie dargelegt bei Besetzung der externen Stellen mit "offiziellen" Arbeitnehmern das Arbeitsprofil nicht anders aussehen würde. Auch der Parteiwille ist kein Argument gegen die Beschäftigung des Beigeladenen, da sich - wie oben dargelegt - die tatsächliche Durchführung des Vertragsverhältnisses vom schriftlich niedergelegten Parteiwillen maßgeblich unterscheidet. Da eine konkludente Abbedingung des (schriftlichen) Vertrags rechtlich möglich und tatsächlich vollzogen wurde, ist auf die tatsächliche Durchführung abzustellen, die wie gezeigt für eine Arbeitnehmereigenschaft des Beigeladenen spricht.

Im Ergebnis ist nach Gewichtung aller Argumente der Beklagten beizupflichten, die vorliegend von einer Ersetzung eigener Mitarbeiter durch Mitarbeiter einer Fremdfirma ausgeht, die aber wie eigene Mitarbeiter weisungsgebunden in die betriebliche Organisation der T. eingebunden sind.

c. Etwas anderes ergibt sich auch nicht aus dem Urteil des Eufach0000000022s vom 19.1.2012 (Az. [S 56 R 978/10](#)), bei dem auch der Status eines IT-Experten streitig war. Dort hat die Kammer aufgrund der erhobenen Beweise ausdrücklich festgestellt, dass der dortige Kläger keine Weisungen des Kunden des Auftraggebers entgegengenommen hat und er nicht in den Arbeitsprozess des Kunden eingegliedert war.

3. Die Beklagte hat zutreffend festgestellt, dass auch Versicherungspflicht nach dem Recht der Kranken- und Pflegeversicherung besteht. Nach [§ 6 Abs. 1 Nr. 1 SGB V](#) in der bis 31.12.2010 geltenden Fassung besteht Versicherungsfreiheit nur, wenn das regelmäßige Jahresarbeitsentgelt die Jahresarbeitsentgeltgrenze übersteigt und in drei aufeinanderfolgenden Jahren überstiegen hat. Da der Beigeladene im Jahr 2007 selbständig war (und insoweit nicht als Arbeiter oder Angestellter die Jahresarbeitsentgeltgrenze überschritten hatte), liegt ein Überschreiten der Jahresarbeitsentgeltgrenze in drei aufeinander folgenden Kalenderjahren nicht vor.

Nach allem war die Klage abzuweisen. Die Kostenentscheidung beruht auf 197 a SGG in Verbindung mit [§ 154 Abs. 1 VwGO](#). Sie folgt dem Ausgang des Rechtsstreits in der Hauptsache.

Rechtskraft

Aus

Login

FSB

Saved

2014-01-27