

L 5 R 2670/15

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
5
1. Instanz
SG Ulm (BWB)
Aktenzeichen
S 10 R 3695/14
Datum
29.04.2015
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 5 R 2670/15
Datum
23.11.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum
-

Kategorie
Urteil

Auf die Anschlussberufung des Klägers wird das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 29.04.2015 abgeändert und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 17.12.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.10.2014 verurteilt, festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) auch ab dem 19.09.2012 nicht der Versicherungspflicht zur Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt.
Die Berufung der Beklagten wird zurückzuweisen.

Die Beklagte hat dem Kläger die außergerichtlichen Kosten beider Rechtszüge zu erstatten. Außergerichtliche Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger seine Tätigkeit für die Beigeladene als IT-Berater ab dem 01.06.2011 in abhängiger Beschäftigung ausübt und daher Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht. Der im Jahr 1974 geborene Kläger, gelernter Bankkaufmann, beantragte am 28.08.2013 bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status hinsichtlich seiner am 20.04.2011 aufgenommenen Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter der L. C. GmbH, der späteren Beigeladenen zu 1). Gegenstand des Unternehmens der Beigeladenen zu 1) ist die Beratung im Bereich der I ... Er gab hierbei an, er sei gesetzlich krankenversichert, er habe jedoch in den Jahren 2010 und 2011 die jeweilige Jahresentgeltgrenze überschritten. Er sei für mehrere Auftraggeber tätig und beschäftige keine eigenen Arbeitnehmer oder Auszubildende. Die Beigeladene zu 1) sei durch notariellen Vertrag vom 18.08.2010 gegründet und am 31.08.2010 in das Handelsregister eingetragen worden. Er sei seit dem 19.09.2012 mit einer Stammeinlage von 12.500,- EUR, die 25 % der Anteile ausmachten, an der Gesellschaft beteiligt. Hinsichtlich des Stimmrechts sei eine einfache Mehrheit vereinbart. Er sei nicht vom Selbstkontrahierungsverbot des [§ 181](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) befreit. Er unterliege, so der Kläger weiter, hinsichtlich Zeit, Ort und Art seiner Tätigkeit keinem Weisungsrecht. Der Kläger legte ferner die Satzung der Beigeladenen zu 1) vom 21.09.2012 sowie den Kooperationsvertrag (KOV) zwischen ihm und der Beigeladenen zu 1) vom 01.06.2011 vor, der u.a. folgende Regelungen enthält:

Präambel: Dieser Vertrag regelt die Grundsätze der Zusammenarbeit zwischen den Vertragspartnern

§ 1 Gegenstand des Vertrages Herr M. P. wird ab 01.06.2011 in eigener Verantwortung Beratungsprojekte durchführen. Hierbei wird der Partner (gemeint ist der Kläger) deutlich machen, dass er als Kooperationspartner von L.C. in dem jeweils vereinbarten Beratungsfeld der L. C. tätig wird.

Herrn M. P. wurde die Möglichkeit eingeräumt, entweder als freier Mitarbeiter oder als Arbeitnehmer für L.C. tätig zu werden. Es entspricht dem ausdrücklichen Wunsch von Herrn M. P., als freier Mitarbeiter beschäftigt zu werden.

§ 2 Auftragsabwicklung Der Partner wird die zu erreichenden Projektziele zunächst mit L.C. im Grundsatz abstimmen und hierfür zusammen mit L.C. gemeinsame Zielvorgaben vereinbaren. Der Partner verpflichtet sich, L.C. über die Entwicklung und den Stand der Projekte zu informieren und Mehrfertigungen aller Unterlagen einschließlich der Korrespondenz zu übersenden bzw. diese auf dem dafür vorgesehenen IT-Netzwerk von L.C. zu archivieren. L.C. wird dem Partner die Erfahrungen und Kenntnisse aus den Beratungsfeldern zur Verfügung stellen und ihn nach Bedarf bei der Abwicklung von Projekten aktiv unterstützen. Der Partner ist jederzeit berechtigt, zur Durchführung von Projekten auch eigene Mitarbeiter einzusetzen oder selbstständig Unteraufträge zu erteilen. Hierüber wird er die L.C. zuvor informieren. Einer Zustimmung von L.C. bedarf es nicht.

§ 3 Honorar 1. Für die Abrechnung von Beratungsaufträgen erhält der Partner ein Honorar, das sich wie folgt errechnet: a) Der Partner erhält 70% des Beratungshonorars, das L. C. an den Kunden berechnet. b) Hat der Partner einen Beratungsauftrag an L.C. vermittelt, der nicht in dem angestammten Beratungsfeld des Partners abgewickelt wird und an dessen Durchführung der Partner nicht beteiligt ist, so erhält der Partner 10% des Honorarvolumens

2. Mit der Auszahlung des Honorars sind sämtliche für die Vorbereitung, Durchführung und Nacharbeit von Beratungsprojekten anfallenden Kosten abgegolten. Hiervon ausgenommen sind anfallende Reisekosten. 3. 4. Für notwendige Tage der internen Abstimmung, die nicht dem Kunden fakturiert werden, sowie für Akquisitionstage hat der Partner keinen Anspruch auf Honorar und Reisekosten Die Abrechnung mit den Kunden erfolgt ausschließlich durch L.C. ...

5. Die Rechnungsstellung durch den Partner an L. C. erfolgt zeitlich analog zur Rechnungsstellung von L.C. an die Kunden.

§ 7 Krankheit, sonstige Leistungsverhinderung, Urlaub Dem Partner steht kein Honoraranspruch zu, wenn er infolge Krankheit oder sonstiger Verhinderung an der ihm obliegenden Leistungserbringung nach diesem Vertrag gehindert ist. Der Partner hat keinen Anspruch auf bezahlten Urlaub. Er wird seine Urlaubsabwesenheit rechtzeitig mitteilen und auf die Belange von L.C. Rücksicht abstimmen.

§ 8 Weisungsfreiheit Der Partner unterliegt bei der Durchführung der übertragenen Tätigkeiten mit Ausnahme der sich aus § 2 ergebenden Vorgaben keinen Weisungen von L.C. in fachlicher Hinsicht. Er ist unter Berücksichtigung der sich aus der Zusammenarbeit mit den übrigen Mitarbeitern ergebenden Einschränkungen in der Gestaltung seiner Tätigkeit (Zeit, Dauer, Art und Ort der Ausübung) vollkommen frei. Der Partner hat kein Büro in den Geschäftsräumen von L.C. ... Es wird auch kein entsprechendes Home-Office durch L.C. zur Verfügung gestellt. Der Partner ist jedoch jederzeit berechtigt, eventuell verfügbare Besprechungsräume von L.C., die während der Durchführung eines Projektes erforderlich werden, nach vorheriger Absprache kostenfrei zu nutzen.

() Sodann legte der Kläger unter dem 22.09.2013 Zeiterfassungsübersichten und neben anderen Rechnungen von ihm an die Beigeladene zu 1) gerichtete Abrechnungen vor. Er rechnete der Beigeladenen zu 1) gegenüber auf der Grundlage der geleisteten Stunden auf Tagessatzbasis (476,- EUR, 840,- EUR, 770,-EUR) oder mit einem Stundensatz (48,- EUR, 59,50 EUR, 65,63 EUR, 72,63 EUR, 80,- EUR, 175,- EUR) zuzüglich Reisekosten ab. Außerdem stellte er Provisionen in Höhe von 10% sowie einmalig einen Betrag in Höhe von 70% der von der Beigeladenen zu 1) gestellten Rechnung in Rechnung. Ergänzend teilte er hierzu mit, seinen Zeitaufwand erfasse er, weil dies von den Kunden vorgegeben sei, jeweils auftragsbezogen. Die Beigeladene zu 1) stelle "lediglich die gemeinsame Darstellung verschiedener Berater nach außen dar". Mit Schreiben vom 06.11.2013 teilte die Beklagte dem Kläger mit, dass sie beabsichtige, einen Bescheid des Inhalts zu erlassen, festzustellen, dass seine, des Klägers, Tätigkeit, im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses erfolge. Sie führte hierzu u.a. aus, dass der Kläger mit weiteren Mitarbeitern des Auftraggebers zusammenarbeite, woraus sich die Einschränkungen in der Gestaltung der Tätigkeit ergäben, er i.d.R. zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet sei und kein wesentlicher Kapitaleinsatz, der ein unternehmerisches Risiko erkennen lasse, vorliege. Auch ab dem 19.09.2012 könne der Kläger, nunmehr als mitarbeitender Gesellschafter, keinen maßgebenden Einfluss auf die Gesellschaft ausüben. Diese Merkmale sprächen für eine abhängige Beschäftigung und überwögen so den Umstand, dass eine weisungsfreie Tätigkeit ausgeübt werde. Dem Kläger und auch der Beigeladenen zu 1), die in gleicher Weise angehört wurde, wurde Gelegenheit eingeräumt, sich hierzu zu äußern. Für den Kläger wurde hierzu dahingehend Stellung genommen, dass die Tätigkeit nicht überwiegend in den Räumlichkeiten der Beigeladenen zu 1), sondern in den Räumlichkeiten der S. I. AG ausgeübt werde, die ihren Sitz zufällig in demselben Gebäude wie die Beigeladene zu 1) habe. Vorbereitet werde ein Großteil der Arbeiten an seinem (Wohn-)Sitz in Lorich. Er habe einen spezifischen Arbeitsbereich, auf den er spezialisiert sei, sodass eine Einflussnahme durch die übrigen Gesellschafter praktisch nicht vorkomme. Die Mitwirkung anderer Mitarbeiter beschränke sich auf Sekretariatsarbeiten. Die persönliche Leistungserbringung sei in Ansehung seiner Spezialisierung selbstverständlich. Vorgaben betr. seiner Tätigkeit seien nur von den jeweiligen Endkunden, nicht jedoch von der Beigeladenen zu 1) erteilt worden. Die Projekte seien zwischen ihm und dem Endkunden angebahnt worden. Er, der Kläger, habe sich an der GmbH beteiligen müssen, um die Aufträge erhalten zu können. Auch habe er das Bonitätsrisiko der Endkunden getragen, da er erst dann bezahlt worden sei, nachdem zuvor die Kunden an die Beigeladene zu 1) gezahlt hätten. In diesen Umständen sei ein Kapitaleinsatz zu erblicken. Zwar seien die Stimmrechte so verteilt, dass er nicht unmittelbar maßgeblichen Einfluss auf die Gesellschaft habe, ein solcher ergebe sich jedoch daraus, dass jeder der Gesellschafter Spezialgebiete bearbeite und in diesen Bereichen über alleinige Spezialkenntnisse verfüge. Seitens der Beigeladenen zu 1) wurde vorgebracht, der Kläger unterliege keinen Einschränkungen in der Gestaltung seiner Tätigkeit, die Zusammenarbeit beschränke sich auf administrative und akquisitorische Themen. Der Kläger habe sich an der Gesellschaft beteiligt und hierfür ein fünfstelliges Aufgeld entrichten müssen, woraus ein Kapitaleinsatz ersichtlich werde. Der Kläger könne zwar nicht über sein Stimmrecht, wohl aber über sein spezielles und weitreichendes know-how Einfluss auf die Gesellschaft nehmen. Auch aus Sicht der Beigeladenen zu 1) werde die Tätigkeit daher nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis erbracht. Mit an den Kläger und die Beigeladene zu 1) gerichteten, gleichlautenden Bescheid vom 17.12.2013 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Berater/mitarbeitender Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) seit dem 01.06.2011 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Es bestehe daher ab dem 01.06.2011 Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. In der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe hingegen wegen der voraussichtlichen Überschreitung der Jahresentgeltgrenzen keine Versicherungspflicht. Zur Begründung ihrer Entscheidung führte die Beklagte, die ausweislich der Ausführungen im Bescheid die Beratertätigkeit prüfte, aus, dass hinsichtlich Art und Weise der Tätigkeit keine maßgeblichen eigenen Gestaltungsmöglichkeiten vorhanden seien. Der Kläger setze überwiegend seine eigene Arbeitskraft, nicht jedoch eigenes Kapital ein. Er sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Auch die gewährte Vergütung in Form erfolgsunabhängiger Stundenpauschalen, lasse ein Gewinn- und Verlustrisiko nicht erkennen. Die persönliche Leistungserbringung sei ein wesentliches Merkmal der ausgeübten abhängigen Beschäftigung. Dass die Tätigkeit des Klägers auch durch eine eigene Verantwortlichkeit und Entscheidungsfreiheit gekennzeichnet sei, schließe, wie auch besondere Branchenkenntnisse, das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung nicht aus. Der Umstand, dass die Annahme bestimmter Aufträge abgelehnt werden könne, sei kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit, wenn, wie im Fall des Klägers, bei deren Annahme eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers erfolge. Auch Arbeitnehmer hätten vor Aufnahme einer abhängigen Beschäftigung die Möglichkeit, das Arbeitsverhältnis anzunehmen bzw. abzulehnen, die Modalitäten auszuhandeln und zu kündigen. Da auch abhängig Beschäftigte mehrere Beschäftigungsverhältnisse gleichzeitig eingehen könnten, stehe auch die eingeräumte und genutzte Möglichkeit, für mehrere Auftraggeber tätig zu sein, einer abhängigen Beschäftigung nicht im Wege. Für die Beurteilung sei schließlich nicht der Wille der Beteiligten, sondern vielmehr die tatsächlichen Umstände der Leistungserbringung entscheidend. Schließlich sei es dem Kläger aufgrund des Kapitaleinsatzes ab dem 19.09.2012 von 25 % des Gesamtkapitals und dem daraus resultierenden Stimmrechtsanteil nicht möglich, die Geschicke der Firma

maßgeblich zu beeinflussen.

Hiergegen legte der Kläger am 13.01.2014 Widerspruch ein. Er brachte vor, dass seine Tätigkeit als mitarbeitender Gesellschafter nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Er sei nicht in eine fremde Betriebsorganisation eingegliedert. Er sei selbstständiger IT-Berater im Bereich komplexer Systemanwendungen im Sicherheitsbereich und verfüge hier über Spezialwissen. Da es in diesem Segment nur eine sehr begrenzte Zahl erfahrener Fachleute gebe, erfolge die Auftragsanbahnung unmittelbar zwischen dem Endkunden und ihm. Die Beigeladene zu 1) verfüge nicht über Vertriebsmitarbeiter, die Neuaufträge akquirieren würden. Die Aufgabenstellung, der zeitliche Umfang sowie der Einsatzort und Zeitraum würden zwischen dem Kunden und ihm direkt verhandelt, die Kunden würden jedoch die Beigeladene zu 1) aufgrund ihrer internen Vorgaben als Vertragspartner bevorzugen. Bei der Gestaltung und Erbringung der Tätigkeit sei er frei, insb. erfolge keine Kontrolle durch die Beigeladene zu 1), die dazu fachlich auch gar nicht in der Lage sei. Das unternehmerische Risiko der jeweiligen Aufträge trage er, er müsse damit rechnen, dass der Kunde die Rechnungen der Beigeladenen zu 1) nicht bezahle. In diesem Fall bestünde auch kein Vergütungsanspruch seinerseits. Die Beigeladene zu 1) fungiere im Ergebnis als administrative und repräsentative Plattform ohne eigene Vertriebsleitung und unternehmerisches Risiko. Mit Widerspruchsbescheid vom 17.10.2014 wies die Beklagte den Widerspruch zurück. Zur Begründung führte sie - ergänzend - aus, ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit sei ein mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundenes erhebliches Unternehmerrisiko. Selbiges sei zum einen durch den Einsatz finanzieller Mittel geprägt, um einen zum Zeitpunkt des Einsatzes dieser Mittel ungewissen Gewinn zu erzielen, zum anderen aber auch durch das Risiko des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft, wenn offen bleibe, ob der Arbeitende für seine Tätigkeit überhaupt Entgelt erhalte. Der Kläger würde die eigene Arbeitskraft einsetzen und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Er stelle seine Arbeitskraft gegen Entgelt zur Verfügung und erhalte geleistete und nachgewiesene Arbeitsstunden bezahlt. Hierdurch werde ein unternehmerisches Risiko mit eigenständigen Gewinn- und Verlustchancen nicht begründet. Ein Kapitaleinsatz, der auch mit der Möglichkeit eines Verlustes verbunden sei, liege nicht vor. Ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis zur GmbH sei bei mitarbeitenden Gesellschaftern, die nicht zu Geschäftsführern bestellt seien, von vornherein ausgeschlossen, sofern sie maßgeblichen Einfluss auf die Geschicke der Gesellschaft hätten. Da der Kläger jedoch nicht zum Geschäftsführer bestellt sei und er nur über 25 % der Anteile am Stammkapital der Gesellschaft verfüge, liege ein maßgeblicher rechtlicher oder auch nur tatsächlicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft nicht vor. Dabei sei unerheblich, ob die Gesellschafter tatsächlich Weisungen hinsichtlich der Ausübung der Tätigkeit erteilten. Hiergegen erhob der Kläger am 19.11.2014 Klage zum Sozialgericht Ulm (SG). Er betonte hierzu, dass er als selbstständiger IT-Berater im Bereich komplexer Systemanwendungen über ein langjährig erworbenes Spezialwissen verfüge. Die Gründungsgesellschafter der Beigeladenen zu 1) seien voneinander unabhängig agierende IT-Spezialisten, die für ihre beratende Tätigkeit eine administrative und vertriebliche Plattform benötigt hätten. Die Verhandlungen mit den Kunden führe er selber. Die Beigeladene zu 1) leite dann den ihr erteilten Auftrag an ihn weiter. Sie, die Beigeladene zu 1), verfüge nicht über eigene Büroräumlichkeiten oder eingerichtete Arbeitsplätze, sondern nutze aufgrund vertraglicher Vereinbarungen Personal und Betriebsmittel der S. I. AG. Er sei in seiner Gestaltung der Tätigkeit völlig frei und nur an die projektspezifischen Vorgaben und Notwendigkeiten gebunden. Bis auf wenige Ausnahmen erfolge auch keine Zusammenarbeit mit anderen freien Mitarbeitern der Beigeladenen zu 1). Er trage bereits deswegen ein unternehmerisches Risiko, da in dem Fall, dass ein Endkunde nicht bezahle, er auch kein Honorar erhalte. Weiterhin habe er das Risiko zu tragen, keine Aufträge zu erhalten. In einem Arbeitsverhältnis werde dieses Risiko typischerweise durch den Arbeitgeber getragen. Die Beklagte trat der Klage unter Verweis auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides vom 17.10.2014 entgegen. Mit Beschluss vom 17.12.2014 lud das SG die L.C. GmbH zum Verfahren bei. Mit Urteil vom 29.04.2015 hob das SG den Bescheid vom 17.12.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.10.2014 insoweit auf, als Versicherungspflicht zur Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung für die Zeit vom 01.06.2011 - 18.09.2012 festgestellt worden ist. Im Übrigen wies es die Klage ab. Zur Begründung seiner Entscheidung führte es aus, der Kläger sei ab dem Zeitpunkt der Aufnahme der Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) weder in deren Betrieb eingegliedert gewesen, noch habe er einem Weisungsrecht unterlegen. Er habe vielmehr frei darüber entscheiden können, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen. Der Kläger habe als IT-Berater selbstständig am Markt auftreten können und habe ein über das reine Lohnausfallrisiko hinausgehendes Risiko getragen. Ab dem Zeitpunkt, zu dem der Kläger Anteile der Beigeladenen zu 1) übernommen habe, sei dies hingegen anders zu beurteilen. Zwar schließe ein rechtlich maßgeblicher Einfluss auf die Willensbildung der Gesellschaft auf Grund der Gesellschafterstellung ein Beschäftigungsverhältnis aus, wenn der Gesellschafter damit Einzelanweisungen an sich im Bedarfsfall jederzeit verhindern könne, wobei eine derartige Rechtsmacht regelmäßig dann angenommen werden könne, wenn der Gesellschafter zugleich Geschäftsführer der Gesellschaft sei und mindestens 50 % des Stammkapitals halte oder er wegen einer ihm zugebilligten Sperrminorität alle ihm nicht genehmen Entscheidungen verhindern könne. Dies sei beim Kläger jedoch nicht der Fall. Vielmehr sei er ab dem 19.09.2012 als Mitgesellschafter an die Beschlüsse der Gesellschafterversammlung gebunden und den Weisungen des Geschäftsführers unterworfen. Im Übrigen sei auch zu berücksichtigen, dass die Kunden ein gesteigertes Interesse daran hätten, den Vertrag mit der Beigeladenen zu 1) und nicht mit dem Kläger selbst zu abzuschließen. Dementsprechend trete nur die Beigeladene zu 1), nicht jedoch der Kläger am Markt auf. Durch die Beteiligung an der Gesellschaft partizipiere der Kläger auch an deren Gewinn und sei nicht mehr nur auf die Vergütung der einzelnen Aufträge beschränkt. Das Urteil des SG wurde der Beklagten am 15.06.2015, dem Kläger am 16.06.2015 zugestellt. Am 24.06.2015 hat die Beklagte Berufung, am 10.07.2015 der Kläger "selbstständige Anschlussberufung" gegen das Urteil des SG eingelegt. Es sei, so die Beklagte begründend, nicht nachvollziehbar, dass das SG den Kläger erst ab dem 19.09.2012 als abhängig Beschäftigten bewerte, obschon dessen Tätigkeit vor diesem Zeitpunkt identisch mit der nach diesem Zeitpunkt ausgeübten Tätigkeit gewesen sei. Es sei nicht ersichtlich, wie sich die Tätigkeit mit der Gesellschafterbestellung geändert haben soll. Die Beklagte beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 29.04.2015 aufzuheben und die Klage vollumfänglich abzuweisen sowie die Anschlussberufung des Klägers zurückzuweisen.

Der Kläger beantragt, das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 29.04.2015 aufzuheben und die Beklagte unter Aufhebung des Bescheides vom 17.12.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.10.2014 zu verurteilen, festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene auch seit dem 19.09.2012 nicht der Versicherungspflicht zur Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt sowie die Berufung der Beklagten zurückzuweisen. Der Kläger bringt zur Begründung seiner Anträge vor, das SG habe zutreffend ausgeführt, dass er ab Aufnahme der Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) keine abhängige, weisungsgebundene Beschäftigung ausgeübt habe. Die Beigeladene zu 1) habe ihm keine Weisungen erteilt und habe ihn in Ermangelung eines eigenen operativen Geschäftsbetriebs auch nicht in einen solchen eingliedern können. Er sei in seinen Projekten völlig autonom und auf eigenes wirtschaftliches Risiko tätig gewesen. Dies habe sich, anderes als es das SG angenommen habe, auch nicht durch seine Beteiligung an der Gesellschaft geändert. Vielmehr habe sich sein wirtschaftliche Risiko erhöht, da er der Gefahr ausgesetzt sei, der Kapitalbeteiligung verlustig zu gehen. Im Übrigen habe sich weder sein Tätigkeitsbild, noch die Abwicklung der Aufträge durch die Beteiligung geändert. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 23.11.2016 hat der Kläger mitgeteilt, dass er durch Beschluss der Gesellschafterversammlung vom

25.07.2015 zum Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) bestellt und ihm eine Sperrminorität eingeräumt worden ist. Mit Beschluss vom 14.07.2015 hat der Senat die Bundesagentur für Arbeit beigeladen. Die Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt. Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Prozessakten beider Rechtszüge sowie die bei der Beklagten geführte Verwaltungsakte, die Gegenstand der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2016 geworden sind, sowie die Niederschrift der mündlichen Verhandlung vom 23.11.2016 verwiesen.

Entscheidungsgründe:

Die form- und fristgerecht erhobene (vgl. [§ 151](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG)) sowie statthafte (vgl. [§§ 143, 144 Abs. 1 Satz 2 SGG](#)) Berufung der Beklagten sowie die (selbstständige) Anschlussberufung des Klägers sind zulässig. Insb. ist die Anschlussberufung des Klägers nach [§ 202 SGG](#) i.V.m. [§§ 524 ff.](#) Zivilprozessordnung (ZPO) auch im sozialgerichtlichen Verfahren statthaft (vgl. Bundessozialgericht (BSG), Urteil vom 05.05.2010 - [B 6 KA 6/09 R](#) - in juris). Mit der Anschlussberufung soll demjenigen, der keine Berufung einlegen will, die Möglichkeit eröffnet werden, der Hauptberufung mit einem eigenen (Sach-)Antrag entgegenzutreten. Für den Berufungsbeklagten besteht hierbei innerhalb der vorliegend von ihm gewahrten Berufungsfrist des [§ 151 Abs. 1 SGG](#) die Wahl, ob er sich einer bereits vom Berufungskläger eingelegten Berufung anschließt oder er eine eigene Berufung einlegt (Leitherer in Mayer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Aufl., 2014, § 143, Rn.- 5b unter Hinweis auf die Rspr. des Bundesgerichtshofs). Von diesem Wahlrecht hat der Kläger dergestalt Gebrauch gemacht, als er sich - anwaltlich vertreten - der Berufung der Beklagten angeschlossen hat. Zulässigkeitsbedenken bestehen insofern nicht, da die Berufung und die Anschlussberufung denselben Streitgegenstand, die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung der Tätigkeit des Klägers bei der Beigeladenen zu1), betreffen.

Der streitgegenständliche Bescheid vom 17.12.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.10.2014 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger in seinen Rechten. Die Beklagte hat zu Unrecht festgestellt, dass der Kläger ab dem 01.06.2011 bei der Beigeladenen zu 1) abhängig beschäftigt ist und daher dem Grunde nach versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung ist. Der Kläger ist seit dem 01.06.2011 bei der Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit als Berater, die von der Beklagten ausweislich der Ausführungen im Bescheid vom 17.12.2013 und im Widerspruchsbescheid vom 17.10.2014 geprüft wurde, nicht als abhängig Beschäftigter versicherungspflichtig in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Dass die Beklagte die Berater Tätigkeit prüfte, folgt auch aus ihrer Berufungsbegründung. Sie hält das Urteil des SG für nicht hinnehmbar, weil die Tätigkeit des Klägers vor dem 19.09.2012 als Nichtgesellschafter identisch gewesen sei. Für die Prüfung der Berater Tätigkeit spricht auch, dass der Kläger erst seit dem 19.09.2012 an der Beigeladenen zu 1) beteiligt ist, die Feststellung aber schon für die Zeit ab dem 01.06.2011 erfolgt.

Gem. [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung 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. Über den Antrag entscheidet abweichend von [§ 28h Abs. 2 SGB IV](#) die Deutsche Rentenversicherung Bund ([§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#)). Der Kläger hat sich für das (fakultative) Anfrageverfahren bei der Beklagten (Clearing-Stelle) nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) entschieden; ein vorrangiges Verfahren bei der Einzugs- oder der Prüfstelle war nicht eingeleitet worden (zur Verfahrenskonkurrenz etwa Senatsurteile vom 08.06.2011, - [L 5 KR 4009/10](#) - und - [L 5 R 4078/10](#) -, beide n.v.).

Gem. [§ 33 Abs. 1](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) muss ein Verwaltungsakt hinreichend bestimmt sein. Im Hinblick auf sozialversicherungsrechtliche Statusentscheidungen muss im Einzelfall zumindest durch Auslegung vor dem Hintergrund der den Beteiligten bekannten Umstände zu erschließen sein, auf welche konkreten rechtlichen und tatsächlichen Gegebenheiten sich die Feststellung einer abhängigen Beschäftigung beziehen soll. Notwendig ist regelmäßig die Angabe einer bestimmbar Arbeit und die gerade hiermit in Zusammenhang stehende Entgeltlichkeit (vgl. näher BSG, Ur. v. 11.03.2009, - [B 12 R 11/07 R](#) -; Ur. v. 04.06.2009, - [B 12 R 6/08 R](#) -, alle in juris). Außerdem darf sich weder die im Anfrageverfahren ([§ 7a SGB IV](#)) noch die im Einzugsstellenverfahren ([§ 28h SGB IV](#)) ergehende Entscheidung auf das isolierte Feststellen des Vorliegens einer abhängigen Beschäftigung beschränken. Eine Elementenfeststellung dieser Art ist nicht zulässig (BSG, Urteil vom 11.03.2009, [a.a.O.](#)). Die Beklagte ist diesen Anforderungen gerecht geworden. Sie hat die vom Kläger bei der Beigeladenen zu 1) ausgeübte Tätigkeit im Widerspruchsbescheid vom 17.10.2014 mit "IT-Berater für die L.C. GmbH" hinreichend bestimmt bezeichnet. Die Beklagte hat sich auch nicht auf die isolierte Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses beschränkt, vielmehr im Bescheid vom 17.12.2013 ausdrücklich festgestellt, dass für die Beschäftigung des Klägers bei der Beigeladenen zu 1) in der Zeit ab dem 01.06.2011 Versicherungspflicht zur Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe.

Versicherungspflichtig sind in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1](#) Sechstes Buch Sozialgesetzbuch (SGB VI) und in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen.

Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Dafür ist erforderlich, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist das der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Arbeitsleistung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt (vgl. [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#)). Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich 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 (vgl. etwa BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) -; Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und - [B 12 KR 23/13 R](#) -; Urteil vom 29.08.2012, - [B 12 KR 25/10 R](#) -, alle in juris). Das Unternehmerrisiko besteht (regelmäßig) in der Gefahr, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens das eingesetzte Kapital (ganz) zu verlieren oder mit ihm (nur) Verluste zu erwirtschaften; ihm entspricht die Aussicht auf Gewinn, wenn das Unternehmen wirtschaftlichen Erfolg hat. Abhängig Beschäftigte tragen demgegenüber das Arbeitsplatzrisiko, das in der Gefahr besteht, bei wirtschaftlichem Misserfolg des Unternehmens die Arbeitsstelle einzubüßen. Das für eine selbstständige Tätigkeit typische Unternehmerrisiko ist nicht mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen. Ein Kapitalrisiko, das nur zu geringen Ausfällen führt, wird das tatsächliche Gesamtbild einer Beschäftigung nicht wesentlich bestimmen (BSG, Beschluss vom 16.08.2010, - [B 12 KR 100/09 B](#) -, in juris). Maßgebendes Kriterium für das Vorliegen eines Unternehmerrisikos ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der sächlichen oder persönlichen Mittel also ungewiss ist. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbstständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung

und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (BSG, Urteil vom 25.04.2012, - [B 12 KR 24/10 R](#) -, in juris).

Die Unterscheidung von Unternehmer- und Arbeitsplatzrisiko ist auch in der Rechtsprechung des Senats ein wichtiges, vielfach entscheidendes Kriterium für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung einer Tätigkeit. Es steht allerdings nicht für sich allein. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung. Dieses bestimmt sich nach den tatsächlichen Verhältnissen, also den rechtlich relevanten Umständen, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ausgangspunkt der Prüfung sind die (der jeweiligen Tätigkeit zugrundeliegenden) Vereinbarungen, die die Beteiligten - schriftlich oder ggf. auch nur mündlich - getroffen haben. Behörden und Gerichte müssen den Inhalt dieser Vereinbarungen feststellen. Sind die Vereinbarungen schriftlich getroffen worden, muss dabei auch geklärt werden, ob sie durch mündlich getroffene (Änderungs-)Vereinbarungen oder durch schlüssiges Verhalten rechtswirksam abgeändert worden sind. Steht der Inhalt der Vereinbarungen danach fest, ist zu prüfen, ob die Vereinbarungen (mit dem festgestellten Inhalt) wirksam oder wegen Verstoßes gegen zwingendes Recht unwirksam sind, wobei bei gegebenem Anlass auch die Ernsthaftigkeit der Vereinbarungen geklärt werden muss, um auszuschließen, dass ein "Etikettenschwindel" bzw. ein Scheingeschäft vorliegt und die Vereinbarung deswegen gemäß [§ 117 BGB](#) nichtig ist; ist letzteres der Fall, muss der Inhalt des durch das Scheingeschäft verdeckten Rechtsgeschäfts festgestellt werden. Erst auf der Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der (der jeweiligen Tätigkeit zugrundeliegenden) Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder zum Typus der selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen. Danach ist in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere (tatsächliche) Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (vgl. BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) -; Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und - [B 12 KR 23/13 R](#) -, alle in juris). Zu den besonderen (tatsächlichen) Umständen dieser Art kann insbesondere die Verteilung der Rechtsmacht in einem Unternehmen und die daraus folgende Rechtsstellung bzw. Rechtsmacht der Person gehören, deren Tätigkeit in statusrechtlicher Hinsicht zu prüfen ist. Deshalb wird es vielfach ausschlaggebend darauf ankommen, ob die in Rede stehende Person ihre Tätigkeit in einem (im Rechtssinne) "eigenen" oder in einem "fremden" (Einzel-)Unternehmen verrichtet bzw. - bei Kapitalgesellschaften, wie einer GmbH - ob und in welchem Maße sie aufgrund einer Kapitalbeteiligung oder ggf. aufgrund gesellschaftsvertraglicher Regelungen über (Stimm-) Rechte (in der Gesellschafterversammlung) verfügt und welche Rechtsmacht ihr daraus erwächst (dazu näher etwa BSG, Urteile vom 11.11.2015, - [B 12 R 2/14 R](#) - und [B 12 KR 10/14 R](#) -, in juris). Das Fehlen der den sozialversicherungsrechtlichen Status des selbstständig erwerbstätigen Unternehmers ausmachenden Rechtsmacht im Unternehmen kann weder durch besonderes Fachwissen noch durch langjährige Berufserfahrung ausgeglichen werden. Auch der besonders oder gar herausragend qualifizierte und kaum ersetzbare Arbeitnehmer wird allein deshalb nicht zum (Mit-)Unternehmer neben dem Betriebsinhaber, sondern er bleibt abhängig Beschäftigter (BSG, Urteil vom 18.11.2015, - [B 12 KR 16/13 R](#) - und Urteile vom 29.07.2015, - [B 12 R 1/15 R](#) - und [B 12 KR 23/13 R](#) -, alle in juris).

Die Zuordnung des konkreten Lebenssachverhalts zum rechtlichen Typus der (abhängigen) Beschäftigung als nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis ([§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#)) nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung erfordert nach der Rechtsprechung des BSG 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 (ebenso die Behörde) 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 24.05.2012, - [B 12 KR 14/10 R](#) - und - [B 12 KR 24/10 R](#) -, beide in juris).

Von diesen Rechtsgrundsätzen ausgehend ist der Senat aufgrund des schriftlichen und mündlichen Vorbringens des Klägers im Verwaltungs- und Gerichtsverfahren der Überzeugung, dass der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) in seiner Tätigkeit als IT-Berater ab dem 01.06.2011 nicht in einem abhängigen Beschäftigungsverhältnis gestanden hat, er vielmehr selbstständig tätig geworden ist. Insb. bestand zur Überzeugung des Senats kein Weisungsrecht der Beigeladenen zu 1) gegenüber dem Kläger. Dabei ist darauf abzustellen, ob die Beigeladene zu 1) im Verhältnis zum Kläger über diesbezügliche Rechtsmacht verfügt. Dies entspricht insb. der jüngeren Rechtsprechung des BSG, in der die Maßgeblichkeit von Rechtsmacht gegenüber bloß rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten betont wird (BSG, Urteil vom 29.07.2015 - [B 12 KR 23/13 R](#) - und - [B 12 R 1/15 R](#) -, beide in juris).

Ein (arbeitsrechtliches) Weisungsrecht besteht nicht. Dies gilt zum einen in zeitlicher Hinsicht. Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht liegt nur vor, wenn der Betroffene grundsätzlich ständiger Dienstbereitschaft unterliegt und der Auftraggeber die Lage der Arbeitszeit einseitig bestimmen kann (vgl. Landessozialgericht Baden-Württemberg (LSG), Urteil vom 15.04.2016 - [L 4 KR 1612/15](#) -, in juris, dort Rn. 86). Dies ist hier nicht der Fall, denn der Kläger war nach dem Inhalt des KOV nicht an Arbeits- oder Bereitschaftszeiten gebunden, er war insb. weder verpflichtet, zu bestimmten Kernzeiten im Betrieb der Beigeladenen zu 1) anwesend zu sein, noch unterlag er einem (betrieblichen) Zeiterfassungssystem. Ein Weisungsrecht in örtlicher Hinsicht bestand ebenfalls nicht. Dem Kläger stand es frei, den Ort seiner Tätigkeit zu wählen. Dies spiegelt sich auch in [§ 8 KOV](#) wider, wonach ihm die Beigeladene zu 1) kein Büro oder ein Home-Office zur Verfügung gestellt hat. Soweit in zeitlicher Hinsicht in einzelnen Fällen die Notwendigkeit der Anwesenheit des Klägers zu bestimmten Zeiten in den Räumlichkeiten der jeweiligen Endkundin oder der Beigeladenen zu 1) bestanden haben mag, um wegen dem in [§ 2 KOV](#) niedergelegten Abstimmungserfordernis an Besprechungen teilzunehmen, war dies nicht regelmäßig der Fall und auch nicht Ausfluss der Ausübung eines Direktionsrechts gegenüber dem Kläger, sondern den im Einzelfall erforderlichen Sachzwängen der Auftragsausführung geschuldet. Auch das BSG hat jüngst darauf hingewiesen, dass die bloße Anwesenheit eines Auftragnehmers in den Räumlichkeiten des Auftraggebers bei der Durchführung des Auftrages als lediglich äußerer Umstand für sich genommen nicht schon die Annahme einer arbeitnehmertypischen Eingebundenheit des Auftragnehmers in die betriebliche Organisation des Auftraggebers rechtfertigt (BSG, Urteil vom 17.12.2014 - [B 12 R 13/13 R](#) -, in juris, dort Rn. 33). Gleiches gilt für die Nutzung von beim Auftraggeber vorhandener Software (BSG, Urteil vom 17.12.2014 - [B 12 R 13/13 R](#) -, in juris).

Auch in fachlicher Hinsicht besteht kein Weisungsrecht. Bereits in § 8 KOV ist vereinbart, dass der Kläger in fachlicher Hinsicht mit Ausnahme der Projektziele dem Grunde nach, keiner fachlichen Weisung durch die Beigeladene zu 1) unterliegt. Anhaltspunkte dafür, dass dies nicht so gelebt wird, bestehen für den Senat nicht. Insb. ist nicht ersichtlich, dass die vom Kläger zu erbringenden projektbezogenen Leistungen von der Beigeladenen zu 1) detailliert geregelt oder überwacht werden. Vielmehr ist der klägerische Vortrag, die Gesellschafter der Beigeladenen zu 1) seien voneinander unabhängig agierende IT-Spezialisten, die nicht über das entsprechende know-how auf dem Spezialgebiet der jeweils anderen Gesellschafter verfügen und daher nicht in der Lage seien (inhaltliche) Weisungen zu erteilen, nachvollziehbar. So ist dem Internetauftritt der Beigeladenen zu 1 (<http://www.L.C...net/people.php?lang=de>) zu entnehmen, dass das dort angeführte "Team" aus Personen besteht, die einen unterschiedlichen beruflichen Werdegang in verschiedenen Tätigkeitsbereichen aufweisen. Auch die Vorgaben der Endkunden beschränken sich auf die Aufgabenbeschreibung. In der Ausführung der Tätigkeit ist der Kläger in seiner Funktion als Berater für einzelne Projekte bei verschiedenen Auftraggebern frei.

Der Kläger ist auch nicht in die Arbeitsorganisation der Beigeladenen zu 1) eingegliedert. Er verrichtet seine Tätigkeit im Verhältnis zur Beigeladenen zu 1) in tatsächlicher Hinsicht autark. Dass die Verträge mit der Beigeladenen zu 1) abgeschlossen werden und die Rechnungsstellung des Klägers gegenüber der Beigeladenen zu 1) erfolgt, ist vor dem Hintergrund zu sehen, dass die Beigeladene zu 1) auf Drängen der Endkunden als administrative Plattform eingeschaltet ist. Die Beigeladene zu 1) schließt mit den Endkunden die vom Kläger ausgehandelten Verträge ab. Der Kläger stellt der Beigeladenen zu 1) die von ihm, dem Kläger, mit den Endkunden vereinbarten Stunden- oder Tagessätze "analog" zur Rechnungsstellung der Beigeladenen zu 1) gegenüber dem Endkunden in Rechnung, weswegen hierin keine organisatorische oder infrastrukturelle Einbindung des Klägers zu erblicken ist. Dies gilt gleichermaßen für die Inanspruchnahme des Sekretariats der Beigeladenen zu 1).

Der Kläger ist auch nicht zur persönlichen Leistungserbringung verpflichtet. Vielmehr ist ihm in § 2 KOV die Berechtigung eingeräumt, zur Durchführung von Projekten - nach einer vorherigen Information der Beigeladenen zu 1) - eigene Mitarbeiter einzusetzen oder selbstständig Unteraufträge zu erteilen, ohne dass es hierzu einer Zustimmung der Beigeladenen zu 1) bedarf.

Auch die Vergütungsregelung spricht für eine selbstständige Tätigkeit. Der Kläger hat nach § 3 KOV einen Vergütungsanspruch gegen die Beigeladene zu 1), der sich prozentual daran bemisst, was seitens der Beigeladenen zu 1) gegenüber den Kunden berechnet wird. Mit diesem prozentualen Anteil von 70% der von der Beigeladenen zu 1) gegenüber den Endkunden berechneten Beträgen sind sämtliche für die Vorbereitung, Durchführung und Nacharbeit von Beratungsprojekten angefallenen Kosten abgegolten. Dieses Vergütungsmodell mit einer prozentualen Abrechnung wurde nach den vom Kläger vorgelegten Rechnungen freilich nur einmal praktiziert. Im Übrigen wurde die Leistung des Klägers nach Stunden- oder Tagessätzen abgerechnet. Diese schwankten zwischen 476,- EUR und 770,- EUR am Tag und 48,- EUR und 175,- EUR pro Stunde. Zumindest dieses ganz überwiegend gelebte Vergütungsmodell spricht gegen eine abhängige Beschäftigung, bei der i.d.R. bereits damit, dass die Arbeitskraft angeboten wird, ein der Höhe nach gleicher Vergütungsanspruch entsteht. Hier ist die Vergütung vom Verhandlungsgeschick des Klägers gegenüber den Endkunden abhängig. Sie schwankt projekt- und kundenabhängig. Dass die Vergütung nicht von einem bestimmten Erfolg abhängig gemacht ist, spricht nicht gegen eine selbstständige Tätigkeit, da eine selbstständige Tätigkeit nicht nur in Form von Werk-, sondern auch in Form von Dienstverträgen erbracht werden kann.

Schließlich hat der Kläger auch ein Unternehmerrisiko getragen. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. BSG, Urteil vom 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - in juris, dort Rn. 29). Hierbei ist bezüglich der vom Kläger verrichteten Beratertätigkeit das Unternehmerrisiko nicht nur mit einem Kapitalrisiko gleichzusetzen, da dies vielen freiberuflichen Tätigkeiten nicht gerecht wird, die von Selbstständigen ausgeübt werden, deren Leistung nicht oder nicht wesentlich im Einsatz von Geldkapital, sondern von Wissen, Fertigkeiten oder geistigem Können besteht. Das BSG hat deswegen ein auch diese freiberuflichen Tätigkeiten mitberücksichtigendes Verständnis des Unternehmerrisikos entwickelt und darauf hingewiesen, dass jemand ein Unternehmerrisiko schon dann tragen kann, wenn der Erfolg des Einsatzes seiner Arbeitskraft ungewiss ist, namentlich, wenn kein Mindesteinkommen garantiert ist (BSG, Urteil vom 27.03.1980 - [12 RK 26/79](#) -, in juris, dort Rn. 23; Urteil vom 25.04.2012 - [B 12 KR 24/10 R](#) - in juris, dort Rn. 29). Da dem Kläger nach den Regelungen des KOV und der praktizierten Abrechnung eine Vergütung nicht garantiert - diese hängt vielmehr von der eigenen Akquise und seinem Verhandlungsgeschick ab und beinhaltet hierfür gewährte Tantiemen - hat er auch ein Unternehmerrisiko zu tragen. Für ein unternehmerisches Risiko spricht auch der vom Kläger eingerichtete und selbst finanzierte Heimarbeitsplatz. Am Sitz der Beigeladenen zu 1) verfügte er über keine Büroräume. Solche wurden ihm auch nicht stets von den Endkunden zur Verfügung gestellt.

Für eine selbstständige Tätigkeit spricht auch, dass der Kläger neben der Beigeladenen zu 1) auch für weitere Auftraggeber tätig werden kann. Er ist nur in einzelnen Projekten für die Beigeladene zu 1) tätig. Dazwischen liegen Pausen. Die wöchentliche Arbeitszeit beläuft sich nicht regelmäßig auf 40 Stunden. Dies ergibt sich aus den vorgelegten Rechnungen. Anhaltspunkte dafür, dass sich dies geändert hat, existieren nicht.

Gegen das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung spricht ferner, dass der Kläger keinen bezahlten Urlaub beanspruchen kann (vgl. BSG, Urteil vom 12.02.2004, a.a.O., Rn. 25). Auch das Fehlen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall ist nach der Rechtsprechung des BSG als Indiz für selbstständige Tätigkeit anzusehen (BSG, Urteil vom 12.02.2004, a.a.O., Rn. 26). Bei der Entgeltfortzahlung handelt es sich um ein typischerweise Arbeitnehmern vorbehaltenes Recht. Selbstständigen räumt das Gesetz vergleichbare Ansprüche gegenüber ihren Vertragspartnern nicht ein. In Ansehung dieser Umstände ist der Senat davon überzeugt, dass die Beratertätigkeit des Klägers für die Beigeladene zu 1) nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses, sondern auf selbstständiger Basis ausgeübt wurde und wird. Anders als es das SG betr. die Zeit ab dem 19.09.2012 angenommen hat, begründet auch die ab diesem Zeitpunkt bestehende Gesellschafterstellung des Klägers keine abweichende Beurteilung. Der Umstand, dass der Kläger ab diesem Zeitpunkt Minderheitsgesellschafter ohne Sperrminorität war und seit dem 25.07.2015 zum Geschäftsführer bestellt ist und über eine Sperrminorität verfügt, begründet keine abhängige Beschäftigung. Maßgebend für die Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbstständiger Tätigkeit ist, wie oben ausgeführt, das Gesamtbild der Arbeitsleistung und zwar hier als IT-Berater. Dieses Gesamtbild hat, worauf die Beteiligten übereinstimmend hinweisen, über den gesamten Zeitraum seit dem 01.06.2011 keine Änderung erfahren. Der Kläger hat weder vor noch nach der Bestellung zum Gesellschafter in der Beratertätigkeit Weisungen durch die Beigeladene zu 1) unterlegen. Auf seine Stellung als Gesellschafter einer GmbH kommt es bezüglich der zu beurteilenden Tätigkeit nicht an.

Mithin ergibt sich damit das Gesamtbild einer selbstständigen Tätigkeit des Klägers. Er unterliegt in dieser Tätigkeit nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung oder nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Auf die Anschlussberufung des Klägers sind das Urteil des Sozialgerichts Ulm vom 29.04.2015 sowie der Bescheid der Beklagten vom 17.12.2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17.10.2014 aufzuheben und die Beklagte zu verurteilen, festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) auch ab dem 19.09.2012 nicht der Versicherungspflicht zur Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterliegt. Die Berufung der Beklagten ist zurückzuweisen

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#). Der Kläger ist als Versicherter i.S.d. [§ 183 SGG](#) anzusehen, da der Streit seinen Status als Versicherter betrifft (BSG, Urteil vom 05.10.2006 - [B 10 LW 5/05 R](#) - in juris).

Gründe für die Zulassung der Revision bestehen nicht ([§ 160 Abs. 2 SGG](#)).

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2016-12-02