

## L 4 R 3660/15

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Rentenversicherung  
Abteilung  
4  
1. Instanz  
SG Heilbronn (BWB)  
Aktenzeichen  
S 15 R 297/13  
Datum  
12.06.2015  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 4 R 3660/15  
Datum  
21.07.2017  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum  
-

Kategorie  
Urteil

Auf die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1 werden das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 12. Juni 2015 sowie der Bescheid der Beklagten vom 2. Oktober 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Januar 2013 aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 im Zeitraum vom 11. Juni bis 17. August 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund abhängiger Beschäftigung unterlag.

Die Beklagte trägt die außergerichtlichen Kosten des Klägers in beiden Rechtszügen sowie die des Beigeladenen zu 1 im Berufungsverfahren. Im Übrigen sind außergerichtliche Kosten nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Kläger aufgrund seiner Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 in der Zeit vom 11. Juni 2012 bis zum 17. August 2012 sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Der Kläger betreibt als Einzelunternehmer ein Unternehmen für Alarmsysteme, Einbruchsschutz und Aufsperrdienst, Schließanlagen, Photovoltaik und Elektroinstallationsarbeiten. In der Gewerbeummeldung vom und zum 24. September 2010 gab er als neu ausgeübte Tätigkeiten den Vertrieb von Fenstern und Türen sowie Photovoltaik an. Weiterhin ausgeübt würden eine Handelsvertretung für mechanische und elektronische Absicherungstechnik sowie eines Schlüsseldienstes, mechanischer und elektrischer Einbruchsschutz, Leitungsverlegung im Hochbau und Montage von Industrie-Normteilen. Arbeitnehmer in Vollzeit beschäftigte er nicht. Das Finanzamt H. stellte ihm unter dem 20. April 2010 eine auf den 31. Dezember 2012 befristete Freistellungsbescheinigung zum Steuerabzug bei Bauleistungen gemäß [§ 48b Abs. 1 Satz 1](#) Einkommensteuergesetz (EStG) aus. Bei der Beigeladenen zu 2 ist er ohne Anspruch auf Krankengeld krankenversichert. Er verfügt über drei Kapitallebensversicherungen, deren Leistungen frühestens ab dem 60. Lebensjahr ausgezahlt werden. Eine davon ist beitragsfreigestellt; die Jahresbeiträge der anderen belaufen sich auf EUR 1.042,62 und EUR 294,30.

Der Beigeladene zu 1 betreibt einen Elektrohandwerksbetrieb mit Kundendienst, Verkauf von Hausgeräten und Elektroinstallationen aller Art.

Nach vorangegangener mündlicher Absprache schlossen der Kläger und der Beigeladene zu 1 am 5. Juni 2012 einen "Subunternehmervertrag" (im Folgenden SUV) mit folgenden Inhalten: "Beginn der Tätigkeit als Subunternehmer Mo. 11.06.2012 Vergütung: Stundenlohn 25,00 EUR netto zzgl. Spesen (für 8-14 Std. 6,00 EUR, 14-24 Std. 12,00 EUR Übernachtung 24,00 EUR); Fahrten zur Baustelle: Vergütung für Fahrer Hin- oder Rückfahrt; die Fahrzeiten zu Montagebaustellen mit Übernachtung werden kompl. vergütet. Der Unternehmer [hier der Kläger] verpflichtet sich, am Ende jedes Kalendermonats den vom Kunden abgezeichneten Arbeitszeitznachweis des entsprechenden Monats beim AG vorzulegen Der Unternehmer wird als selbständiger Unternehmer die Entrichtung aller Steuern und Abgaben selbst vornehmen. Eine Freistellungsbescheinigung und Unbedenklichkeitsbescheinigung liegt vor. Kopie der Haftpflichtversicherung liegt vor. Kündigung: Kündigt der AG den Vertrag mit dem Subunternehmer, weil die Arbeiten infolge höherer Gewalt eingestellt werden oder weil ihre Fortführung aus einem vom Bauherrn gesetzten wichtigen Grund für den AG nicht mehr zumutbar ist, so hat der Subunternehmer in diesen Fällen nur dann Anspruch auf Bezahlung bereits ausgeführter Arbeiten, wenn der AG vom Bauherrn seinerseits eine Vergütung für die Leistungen des Subunternehmers erhält. Er ist jedoch verpflichtet, diese Ansprüche gegenüber dem Bauherrn geltend zu machen. Dem Subunternehmer ist es nicht gestattet, den ihm erteilten Auftrag ganz oder teilweise weiter zu vergeben."

In Ausführung dieses Vertrages erbrachte der Kläger für den Beigeladenen zu 1 vom 11. bis 30. Juni 128 Stunden, vom 1. bis 31. Juli 207

Stunden und vom 1. bis 17. August 127 Stunden Elektroinstallationsarbeiten auf verschiedenen Baustellen von Mehrfamilienhäusern und Lagerhallen. Unter Berücksichtigung eines Stundensatzes von EUR 25,00 stellte er dem Kläger für Juni EUR 3.200,00 und für Juli EUR 5.175,00 in Rechnung. Spesen und Fahrtkosten wurden nicht geltend gemacht. Beide Rechnungen trugen den Vermerk "Die Steuerschuld gem. §13b UStG geht auf den Leistungsempfänger über". Eine Rechnung für August 2012 liegt nicht vor.

Am 4. Juli 2012 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status und gab dabei u.a. an, er sei neben dem zu beurteilenden Vertragsverhältnis zum Beigeladenen zu 1 selbstständig tätig und das Arbeitseinkommen aus dieser Tätigkeit stelle den überwiegenden Teil des Gesamteinkommens dar. Kläger und Beigeladener zu 1 beantragten jeweils die Feststellung, dass eine Beschäftigung nicht vorliege. In einem gesonderten Fragebogen gab der Kläger an, die jeweilige Beauftragung erfolge durch Ansage nach mündlicher Absprache. Inhalt der Tätigkeit seien Elektroinstallationen aller Art im Neu- und Hallenbau, die er persönlich durchführe, teils mit, teils ohne Hilfskräfte. Teilweise erhalte er Weisungen fachlicher Art; das fachliche Letztentscheidungsrecht liege beim Auftraggeber; die Arbeiten würden durch den Auftraggeber kontrolliert. Als eigenes Kapital setze er sein Kraftfahrzeug und Werkzeug ein. Der zeitliche Umfang liege bei acht bis zehn Stunden täglich an vier bis fünf Tagen wöchentlich, ohne Fahr- und Rüstzeiten. Übergabe/Kontrolle/Abnahme der Arbeit erfolgten durch den "Chef, Auftraggeber". Auf die Fragen, wem er einen Verhinderungsfall mitteile und wer die Arbeiten dann übernehme gab er an: "Chef, Auftraggeber, Mitarbeiter". Mit anderen Mitarbeitern arbeite er zusammen und trete durch Arbeitskleidung (T-Shirt) als Mitarbeiter des Auftraggebers auf. Den SUV legte er nicht vor. Am 4. September 2012 stimmte der Kläger dem späteren Beginn der Versicherungspflicht zu.

Nach Anhörung stellte die Beklagte durch identische Bescheide vom 2. Oktober 2012 gegenüber dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1 fest, dass die Tätigkeit des Klägers als Elektroinstallateur für den Beigeladenen zu 1 seit dem 11. Juni 2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. In dem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung ab dem 11. Juni 2012. Nach Gesamtwürdigung aller relevanten Tatsachen überwögen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Tätigkeit unterliege dem Weisungsrecht des Auftraggebers hinsichtlich Zeit, Dauer sowie Art und Weise ihrer Durchführung. Kontrolle und fachliches Letztentscheidungsrecht lägen bei diesem. Der Kläger arbeite mit Mitarbeitern des Beigeladenen zu 1 zusammen und trete als solcher auf. Für die Selbständigkeit sprechende Umstände träten dahinter zurück. Die Versicherungspflicht beginne mit Aufnahme der Beschäftigung, da eine anderweitige Absicherung im Krankheitsfall und zur Altersvorsorge nicht in ausreichendem Umfang nachgewiesen sei.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 17. Januar 2013 wies die Widerspruchsstelle der Beklagten die dagegen eingelegten Widersprüche des Klägers und des Beigeladenen zu 1 als unbegründet zurück. Maßgeblich sei, dass hinsichtlich Arbeitszeit und -ort sowie Art und Weise der Tätigkeit keine eigenen Gestaltungsmöglichkeiten im Sinne einer selbstständigen Tätigkeit vorlägen. Die Modalitäten der Leistungserbringung würden zwischen dem Beigeladenen zu 1 und dessen Kunden vereinbart und lediglich an den Kläger delegiert. Dieser sei den jeweiligen Arbeitsaufträgen unterworfen und daher Erfüllungsgehilfe des Beigeladenen zu 1. Gerade die aushilfsweise Übernahme von Tätigkeiten, die normalerweise durch Mitarbeiter des Auftraggebers verrichtet würden, spreche für eine Eingliederung in dessen Arbeitsorganisation.

Hiergegen erhob der Kläger am 28. Januar 2013 Klage beim Sozialgericht Heilbronn (SG) und beantragte neben der Aufhebung der angefochtenen Bescheide auch die Feststellung des Nichtbestehens einer abhängigen Beschäftigung in der Zeit vom 2. Juli bis 17. August 2012. Zur Begründung führte er, wie bereits teilweise im Widerspruchsverfahren, aus, wie sich bereits aus dem SUV ergebe, habe er seine Arbeitszeit frei gestalten können. Er habe keinem Weisungsrecht hinsichtlich Zeit oder Art der Ausführung unterlegen. Das Tragen der Arbeitskleidung des Beigeladenen zu 1 sei auf freiwilliger Basis erfolgt und nicht vorgeschrieben gewesen. Er habe einen erheblich höheren Stundenlohn erhalten als festangestellte Mitarbeiter des Beigeladenen zu 1, die zwischen EUR 9,00 und 16,00 pro Stunde verdienen. Es habe kein Verbot bestanden, für andere Auftraggeber tätig zu werden. Der SUV enthalte als bloßer Rahmenvertrag keinen hinreichend bestimmten, vertraglich festgelegten Leistungsgegenstand; die Leistungspflichten ergäben sich erst aus dem konkret vermittelten Auftrag. Der Ort der Tätigkeit ergebe sich aus der Natur der Sache auf der Baustelle und nicht aus einem Weisungsrecht des Auftraggebers. Er verfüge über eine Betriebshaftpflichtversicherung für Mängelhaftung und eine Haftpflichtversicherung für Wege von und zur Baustelle. Für den Beigeladenen zu 1 habe er nur an drei verschiedenen Baustellen gearbeitet; die einzelnen Gewerke seien dann mündlich vergeben worden. Er habe Aufträge des Beigeladenen zu 1 ablehnen können und habe dies auch getan. Tagsüber habe er bei diesem gearbeitet, danach für sein eigenes Gewerbe. Für den Beigeladenen zu 1 sei er nur auf den Baustellen, nie auf dessen Betriebsgelände tätig geworden. Seine Gewerke seien von diesem auch mal moniert worden, dann habe er nachgebessert, ohne dies in Rechnung zu stellen. Die Abrechnung sei nicht nach Gewerken, sondern nach tatsächlich erbrachter Stundenarbeit erfolgt. Arbeitskleidung sei vom Beigeladenen zu 1 gestellt worden; er - der Kläger - habe aber nur eigene Werkzeuge benutzt. Die Mittagspausen habe er alleine verbracht und geplant, nicht mit Arbeitnehmern des Beigeladenen zu 1.

Die Beklagte trat der Klage entgegen. Es bestehe eine gesicherte Rechtsprechung, wann bei Beziehungsketten wie im vorliegenden Fall ein Auftraggeber eine Betriebsorganisation im Rechtssinne darstelle und dessen Arbeitgebereigenschaft nicht daran scheitere, dass er mit seinen Weisungen zu Zeit, Dauer und Ort der durchzuführenden Arbeiten nur das weitergebe, was ihm selbst vertraglich vorgegeben worden sei. Diese Grundsätze seien auf den vorliegenden Fall uneingeschränkt übertragbar. Maßgeblich sei dabei, ob der Kläger im Rahmen eines bestehenden Werkvertrags Teilleistungen erbringe, die vertraglich soweit präzisiert seien, dass auf dieser Grundlage die Dienstleistung ohne weitere Weisungen in eigener Verantwortung erbracht werden könne, oder aber ihrerseits vertraglich nicht als Werk klar abgegrenzt bzw. abgrenzbar seien. Sei die geschuldete Leistung derart unbestimmt, dass sie erst durch Weisungen des Auftraggebers konkretisiert werde, liege eine Tätigkeit als Arbeitnehmer vor. Das Fehlen von schriftlichen konkreten Tätigkeitsvereinbarungen schließe eine Qualifizierung der Vereinbarungen zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1 als Werk- oder Dienstvertrag von vornherein aus, da es an einer hinreichenden Bestimmtheit des vertraglich festgelegten Leistungsgegenstandes gänzlich fehle. Sämtliche Modalitäten einschließlich Arbeitsort und der Zeitraum für die Fertigstellung der Arbeiten seien durch den Beigeladenen zu 1 ausgehandelt und im Anschluss daran lediglich der Auftrag an den Kläger weitergegeben worden. Daher sei ein Beschäftigungsverhältnis des Klägers zum Beigeladenen zu 1 gegeben. Der Kläger setze ausschließlich die eigene Arbeitskraft ein und sei funktionsgerecht dienend in einer fremden Arbeitsorganisation tätig. Eine Eingliederung in die Betriebsorganisation erfordere nicht notwendigerweise das Eingebundensein in die Arbeitsabläufe am Betriebssitz des Auftraggebers. Bei auswärts zu erfüllenden Aufgaben könne bereits durch Übertragung einer konkreten Funktion zur Erfüllung einer vom Auftraggeber übernommenen Verpflichtung eine Einbindung in die betriebliche Organisation des Auftraggebers vorliegen. Selbst wenn er über ein eigenes Fahrzeug, Kommunikationsmittel bzw. geeignete Kleidung und Werkzeug für die ausgeübte Tätigkeit verfüge, werde hierdurch ein unternehmerisches Risiko mit eigenständigen Gewinn- und Verlustchancen nicht

begründet. Auch ein Haftungsrisiko des Klägers bei mangelhafter Arbeit stelle kein Unternehmerrisiko im klassischen Sinne dar.

Der mit Beschluss vom 28. Mai 2013 Beigeladene zu 1 stellte keinen Antrag, führte bereits teilweise im Widerspruchsverfahren in der Sache aber aus, eine abhängige Beschäftigung habe nicht vorgelegen. Der SUV sei als Werkvertrag ausgestaltet; die Weitergabe eines (Teil-)Gewerkes an Subunternehmer stelle eine alltägliche und weitverbreitete Vertragskonstruktion im Baugewerbe dar. Dies beinhalte zwangsläufig, dass der Kläger nicht im eigenen Namen gegenüber dem Endkunden auftrete und abrechne. Der Kläger habe wegen starker Auftragslage als Kollege bei ihm ausgeholfen. Dieser habe, wie er – der Beigeladene zu 1 – seinerseits durch seine Auftraggeber, Vorgaben über die Ausführung und die Terminplanung erhalten. Der Kläger habe seine Zeit frei einteilen können. Ein irgendwie geartetes Weisungsrecht i.S.d. § 106 Gewerbeordnung sei weder vereinbart noch tatsächlich ausgeübt worden. Kontrollbefugnisse hätten nur im Rahmen des Werkvertragsrechts bestanden; ein "fachliches Letztentscheidungsrecht" habe es allenfalls als Anordnungsrecht hinsichtlich des Leistungssolls analog VOB Teil B gegeben. Hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung habe er dem Kläger keinerlei Vorgaben gemacht, außer dass die Arbeiten nach den anerkannten Regeln der Baukunst zu erfolgen hätten. Ein Zusammenhang der Arbeiten des Klägers mit denen seiner – des Beigeladenen zu 1 – Mitarbeitern habe nicht bestanden. Elektroinstallationsarbeiten seien immer am Ort der gelegenen Sache vorzunehmen; der Rückschluss auf ein Weisungsrecht hinsichtlich des Arbeitsortes sei daher unzulässig. Das Tragen der Arbeitskleidung sei nicht vorgeschrieben gewesen; auch Leiharbeiter von Zeitarbeitsfirmen erhielten ein Firmen-T-Shirt. Der Kläger habe für Mängel der Arbeitsausführung haftet und sei zur unentgeltlichen Nachbesserung verpflichtet gewesen. Dieser habe sein eigenes Kfz und Werkzeug eingesetzt. Dem darin liegenden Unternehmerrisiko trage der hohe Stundensatz von EUR 25,00 Rechnung. Seine – des Beigeladenen zu 1 – Arbeitnehmer erhielten zwischen EUR 9,00 und EUR 15,00 pro Stunde.

Die übrigen Beigeladenen äußerten sich nicht.

Mit Urteil vom 12. Juni 2015 wies das SG die Klage ab. Die angefochtenen Bescheide seien rechtmäßig. Der Kläger sei in der Zeit vom 2. Juli 2012 bis zum 17. August 2012 bei dem Beigeladenen zu 1 als Elektroinstallateur in einem versicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis tätig gewesen. Der Kläger sei in diesem Zeitraum derart weisungsgebunden in den Betrieb des Beigeladenen zu 1 eingegliedert gewesen, dass ihm die Art und Weise der Erledigung der übertragenen Aufgaben (Herstellen von Kabelrinnen und Kabelkanälen) vor Ort auf der jeweiligen Baustelle durch Vertreter des Beigeladenen zu 1 vorgegeben worden seien. Aus dem SUV gehe nicht detailliert hervor, welche Arbeiten an welchen Objekten durchzuführen seien. Auch weitere Verträge zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1 bestünden nicht. Insofern hätten für die tatsächlich vom Kläger durchgeführten Tätigkeiten Einzelweisungen ergehen müssen. Dass der Kläger, wie angegeben, tatsächlich Aufträge abgelehnt habe, erscheine angesichts des Umfangs und der zeitlichen Abfolge der Arbeiten unwahrscheinlich. Aus seinen Angaben im Verwaltungsverfahren ergebe sich, dass nicht er im Falle einer plötzlichen/unerwarteten Abwesenheit sich um Ersatz habe kümmern müssen, sondern der Beigeladene zu 1, was ein klares Indiz für eine abhängige Beschäftigung darstelle. Gleiches gelte für die Abrechnung nicht pro abgenommenen Werk, sondern nach geleisteten Arbeitsstunden. Der gegenüber übrigen Mitarbeitern des Beigeladenen zu 1 höhere Stundenlohn stelle kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit dar. Unter Berücksichtigung der typischen Ausgaben eines Selbständigen erscheine eine Vergütung von EUR 25,00 eher gering. Die Titulierung des Beigeladenen zu 1 als "Chef" und das Tragen dessen Firmenkleidung spreche für eine Einbindung in den Organisationsablauf des Beigeladenen zu 1. Gleiches gelte für die enge Zusammenarbeit mit dessen weiteren Mitarbeitern in Form einer aufeinander aufbauenden Tätigkeit. Ein typisches Unternehmerrisiko liege nicht vor, da der Kläger weder wesentliches Kapital eingesetzt noch ein Auftragsrisiko getragen habe. Der SUV enthalte keine Verpflichtung des Klägers zur Mängelbeseitigung auf eigene Kosten. Das Verbot, ihm erteilte Aufträge ganz oder teilweise weiter zu vergeben, spreche ebenso für eine abhängige Beschäftigung des Klägers. Demgegenüber seien die Indizien, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen, nicht ausreichend gewichtig, um die widersprechenden Indizien zu entkräften.

Gegen dieses ihnen am 29. Juli 2015 zugestellte Urteil haben der Kläger am 28. August 2015 und der Beigeladene zu 1 am 31. August 2015 (Montag) Berufung beim Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg eingelegt.

Der Kläger hat zur Begründung ergänzend ausgeführt, das SG verkenne, dass er seit 2002 einen u.a. auf Elektroinstallationen spezialisierten Fachbetrieb führe und in diesem Bereich bereits seit 33 Jahren tätig sei. Ihm hätten daher die Art und Weise der Erledigung seiner Aufgaben wegen eigener Sach- und Fachkunde nicht vorgegeben werden müssen. Die zu erbringende Werkleistung sei am 11. Juni 2012 mündlich besprochen worden. Zeitliche Vorgaben habe er nicht zu befolgen gehabt; Pausen habe er frei bestimmt, aber nicht abgerechnet. Der Beigeladene zu 1 habe lediglich Fertigstellungszeiten vorgegeben, wie er – der Kläger – diese einhalte, sei seine Sache gewesen. Auf die Zusammenarbeit mit Arbeitnehmern des Beigeladenen zu 1 sei er nicht angewiesen gewesen; diese hätten völlig andere Arbeiten verrichtet. Er sei auch ohne diese auf der Baustelle gewesen. Eine Pflicht zur persönlichen Leistungserbringung habe nicht bestanden. Tatsächlich habe er die Arbeiten für den Beigeladenen zu 1 aber selbst verrichtet, ohne Hilfskräfte einzusetzen. Die sprachliche Gleichstellung von "Chef" und Auftraggeber sei unbeachtlich, weil er als juristischer Laie hier nicht unterscheide. Die Frage zur Stellung einer Ersatzkraft sei missverständlich beantwortet. Das von ihm genutzte Kfz, Typ Kangoo, habe den Schriftzug seines eigenen Betriebes getragen. Das eingesetzte eigene Werkzeug im Gesamtwert von ca. EUR 4.000,00 bis EUR 5.000,00 habe er bereits vor der Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 gehabt. Letztlich habe er nur die Stunden abgerechnet, nicht die Fahrkosten oder Spesen. Auch im Jahr 2012 habe er für andere Kunden Aufträge als Elektriker durchgeführt und auch Werbung hierfür gemacht. Zuletzt hat der Kläger vorgetragen, bereits ab dem 11. Juni 2012 für den Beigeladenen zu 1 tätig geworden zu sein, und eine auf den 17. April 2017 datierte Aufstellung über 128 Arbeitsstunden vom 11. bis 30. Juni 2012 vorgelegt. Mit Schriftsatz vom 19. April 2017, Eingang bei Gericht am 20. April 2017, hat er den Feststellungsantrag auf die Zeit bereits ab dem 11. Juni bis 17. August 2012 erweitert.

Der Kläger beantragt zuletzt (sachgerecht gefasst),

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 12. Juni 2015 sowie den Bescheid der Beklagten vom 2. Oktober 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Januar 2013 aufzuheben sowie festzustellen, dass er in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 im Zeitraum vom 11. Juni bis 17. August 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund abhängiger Beschäftigung unterlag.

Der Beigeladene zu 1 hat zur Begründung seiner Berufung ergänzend ausgeführt, die einzelnen drei vom Kläger übernommenen Aufträge hätten nicht zwingend nacheinander erfolgen müssen, sondern auch mit zeitlichem Versatz vergeben werden können. Anderweitige Annahmen des SG und hierauf aufbauende Schlussfolgerungen seien daher unzutreffend. Des Weiteren habe dieses die Antwort des Klägers

auf die Frage zur Stellung einer Ersatzkraft verkürzt und damit unzutreffend zugrunde gelegt. Die Abrechnung nach Stunden stehe der Annahme eines Werkvertrags nicht entgegen. Die bestehende Pflicht zur kostenfreien Mängelbeseitigung entspreche einem Werkvertrag nach [§§ 633 ff. Bürgerliches Gesetzbuch \(BGB\)](#); einer ausdrücklichen vertraglichen Regelung bedürfe es nicht. Die Arbeitsreihenfolge verschiedener Gewerke ergebe sich aus der Natur der Sache und erlaube keine rechtliche Qualifizierung der einzelnen Tätigkeit. Die Ausführung der Arbeiten durch eigene Arbeitnehmer sei dem Kläger nicht untersagt gewesen, lediglich die Weitergabe des Auftrags an einen – weiteren – Subunternehmer. In seinen – des Beigeladenen zu 1 – Betriebsräumen sei habe der Kläger nie tätig geworden. Unzureichend habe das SG berücksichtigt, dass der Kläger unternehmerisch auf dem Markt tätig gewesen sei, über eigene Betriebsmittel verfüge und eine Betriebshaftpflicht abgeschlossen habe. Terminliche Vorgaben seines Auftraggebers habe er an den Kläger weitergegeben. Wie dieser diese einhalte, ob durch längere Arbeitszeit oder Einsatz einer Hilfskraft, sei Sache des Klägers gewesen. Eigene Arbeitnehmer hätte er – der Beigeladenen zu 1 – nicht eingesetzt, um den Fertigstellungstermin des Klägers einzuhalten. Er habe diesem nicht vorgegeben, wann er täglich arbeite oder wie lange. Die auszuführenden Arbeiten seien immer die gleichen gewesen: bei den Mehrfamilienhäusern Kabel, Kabelrinnen und -schächte sowie bei den Lagerhallen zusätzlich Lichtbänder. Letztere seien von seinem Auftraggeber gestellt worden, die übrigen zu verbauenden Materialien habe er zur Verfügung gestellt; der Kläger habe sein eigenes Werkzeug und Kfz genutzt. Hinsichtlich der Abrechnung habe er sich mit dem Kläger zuletzt darauf geeinigt, dass nur die Stunden abgerechnet worden seien, weil so viel zusammen gekommen sei.

Der Beigeladene zu 1 beantragt (sachgerecht gefasst),

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 12. Juni 2015 sowie den Bescheid der Beklagten vom 2. Oktober 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Januar 2013 aufzuheben sowie festzustellen, dass der Kläger in seiner Tätigkeit für ihn im Zeitraum vom 11. Juni bis 17. August 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund abhängiger Beschäftigung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufungen zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Ergänzend zu ihrem bisherigen Vorbringen hat sie ausgeführt, maßgeblich sei allein die im Statusfeststellungsverfahren zu prüfende Rechtsbeziehung, unabhängig von einer gegebenenfalls daneben ausgeübten selbständigen Tätigkeit. Der Anmeldung eines (selbständigen) Gewerbes im Jahr 2002 komme daher keine Indizwirkung für die zu prüfende Vertragsbeziehung zu. Das Bestehen einer Betriebshaftpflicht habe ebenfalls keine entscheidungserhebliche Bedeutung. Das Haftungsrisiko bestehe zwischen dem Beigeladenen zu 1 und dessen Kunden, weil nur insoweit eine Vertragsbeziehung bestehe. Der Verweis auf die gesetzlichen Mängelhaftungsrechte aus [§§ 633 ff. BGB](#) trage nicht, da Kläger und Beigeladener zu 1 gerade keinen Werkvertrag geschlossen hätten.

Die übrigen Beigeladenen haben weder einen Antrag gestellt noch in der Sache vorgetragen.

Der Berichterstatter hat am 12. April 2017 einen Erörterungstermin mit den Beteiligten durchgeführt.

Die Beteiligten haben sich mit einer Entscheidung ohne mündliche Verhandlung einverstanden erklärt.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf den Inhalt der Senatsakte, der Akte des SG und der vorgelegten Verwaltungsakte Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die gemäß [§ 143 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) statthaften und gemäß [§ 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegten Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1 sind auch im Übrigen zulässig. Der Beschwer des Beigeladenen zu 1 steht nicht entgegen, dass er in erster Instanz keinen Antrag gestellt hatte. Es genügt, dass er – wie vorliegend – aufgrund der Bindungswirkung des angefochtenen Urteils nach [§ 141 SGG](#) unmittelbar in seinen subjektiven Rechten beeinträchtigt ist (Leitherer in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, SGG, 12. Aufl., vor § 143 Rn. 4a, 8). Die Berufungen bedurften nicht der Zulassung nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#); denn die Klage betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt. Der Senat konnte durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entscheiden, da die Beteiligten hierzu ihr Einverständnis erklärt haben ([§ 124 Abs. 2 SGG](#)).

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist die angefochtene Feststellung der Beklagten, für die Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen zu 1 vom 11. Juni bis 17. August 2012 bestehe Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Streitbefangen ist der Bescheid vom 2. Oktober 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Januar 2013. Dieser war bereits mit der Klage in vollem Umfang angefochten. Der im erstinstanzlich gestellten Antrag genannte Beginn des Zeitraum, für den die Feststellung begehrt wurde, beruhte auf der damaligen Annahme, die Tätigkeit des Klägers für den Beigeladenen zu 1 sei tatsächlich erst am 2. Juli 2012 aufgenommen worden. Dies zugrunde gelegt, genügte zur Erreichung des Klagebegehrens für den im Bescheid mitgeregelten, davor liegenden Zeitraum vom 11. Juni bis 1. Juli 2012 die alleinige Aufhebung des Bescheides; einer abweichenden Feststellung bedurfte es hingegen insoweit nicht. Nachdem er nachträglich ermittelt hatte, doch bereits ab dem 11. Juni 2012 tatsächlich für den Beigeladenen zu 1 tätig geworden zu sein, hat der Kläger am 20. April 2017 den Feststellungsantrag auf die Zeit bereits ab dem 11. Juni 2012 (weiterhin bis 17. August 2012) erweitert. Diese Klageerweiterung ist zumindest sachdienlich i.S.d. [§ 153 Abs. 1 i.V.m. § 99 Abs. 1 SGG](#). Denn sie ist geeignet, den Streit zwischen den Beteiligten in einem Verfahren beizulegen und endgültig zu bereinigen (vgl. Schmidt in Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer/Schmidt, a.a.O., § 99 Rn. 10). Eine Unzulässigkeit der geänderten Klage steht dieser Sachdienlichkeit nicht entgegen. Denn der Bescheid vom 2. Oktober 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Januar 2013 ist aufgrund vollständiger Anfechtung (s.o.) auch für die Zeit vom 11. Juni bis 2. Juli 2012 noch nicht bestandskräftig geworden. Neben der Anfechtung der genannten Bescheide ist das erkennbare Begehren des Klägers ([§ 123 SGG](#)) auf die Feststellung gerichtet, dass er in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 im Zeitraum vom 11. Juni bis 17. August 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund abhängiger Beschäftigung unterlag. Entsprechend war sein

Antrag sachgerecht zu fassen. Gleiches gilt für den Beigeladenen zu 1. Insbesondere ist erkennbar, dass er trotz des ursprünglich ebenfalls eingeschränkten Antrags die Feststellung für denselben Zeitraum der tatsächlichen Tätigkeit begehrt wie der Kläger.

3. Die Berufungen des Klägers und des Beigeladenen zu 1 sind begründet. Das SG hat die Klage zu Unrecht abgewiesen. Auch die erweiterte Klage ist begründet. Der Bescheid vom 2. Oktober 2012 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 17. Januar 2013 ist rechtswidrig und verletzt den Kläger und den Beigeladenen zu 1 in ihren Rechten. Der Kläger unterlag in seiner Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 im Zeitraum vom 11. Juni bis 17. August 2012 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund abhängiger Beschäftigung.

a) Nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (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 hat im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs. 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Mit dem rückwirkend zum 1. Januar 1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbständigkeit vom 20. Dezember 1999 ([BGBl. 2000 I, S. 2](#)) eingeführten Antragsverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit der Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([Bundestags-Drucksache 14/1855, S. 6](#)).

Die Beklagte war für die vom Kläger beantragte Feststellung zuständig, weil für die streitige Zeit ab dem 11. Juni 2012 zum Zeitpunkt der Antragstellung am 4. Juli 2012 kein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet war.

b) Versicherungspflichtig sind in der Krankenversicherung nach [§ 5 Abs. 1 Nr. 1](#) Fünftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB V), in der Rentenversicherung nach [§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), in der Arbeitslosenversicherung nach [§ 25 Abs. 1 Satz 1](#) Drittes Buch Sozialgesetzbuch (SGB III) und in der Pflegeversicherung nach [§ 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1](#) Elftes Buch Sozialgesetzbuch (SGB XI) gegen Arbeitsentgelt beschäftigte Personen. Beschäftigung ist nach [§ 7 Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Gemäß [§ 7 Abs. 1 Satz 2 SGB IV](#) sind Anhaltspunkte für eine Beschäftigung eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers.

Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann – vornehmlich bei Diensten höherer Art – eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft sowie die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 30. April 2013 – [B 12 KR 19/11 R](#) – juris, Rn. 13; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [B 12 KR 17/11 R](#) – juris, Rn. 23 –, BSG, Urteil vom 30. März 2015 – [B 12 KR 17/13 R](#) – juris, Rn. 15 – jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit der anhand dieser Kriterien häufig schwierigen Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit: Bundesverfassungsgericht [BVerfG], Nichtannahmebeschluss der 2. Kammer des Ersten Senats vom 20. Mai 1996 – [1 BvR 21/96](#) – juris, Rn. 6 ff.). Maßgebend ist das Gesamtbild der Arbeitsleistung (zum Ganzen z.B. BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – juris, Rn. 15; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 15 f.; BSG, Urteil vom 30. Oktober 2013 – [B 12 KR 17/11 R](#) – juris, Rn. 23 ff. – jeweils m.w.N.).

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 abhängige 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. Umgekehrt gilt, dass die Nichtausübung eines Rechts unbeachtlich ist, solange diese Rechtsposition nicht wirksam abbedungen ist. Zu den tatsächlichen Verhältnissen in diesem Sinne gehört daher unabhängig von ihrer Ausübung auch die einem Beteiligten zustehende Rechtsmacht (BSG, Urteil vom 8. Dezember 1994 – [11 RAr 49/94](#) – juris, Rn. 20). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von den Vereinbarungen abweichen (BSG, Urteil vom 1. Dezember 1977 – [12/3/12 RK 39/74](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 4. Juni 1998 – [B 12 KR 5/97 R](#) – juris, Rn. 16; BSG, Urteil vom 10. August 2000 – [B 12 KR 21/98 R](#) – juris, Rn. 17 – jeweils m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (vgl. hierzu insgesamt BSG, Urteil vom 24. Januar 2007 – [B 12 KR 31/06 R](#) – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 29. August 2012 – [B 12 KR 25/10 R](#) – juris, Rn. 16).

c) Ausgehend von diesen Grundsätzen war der Kläger beim Beigeladenen zu 1 vom 11. Juni bis 17. August 2012 nicht abhängig beschäftigt.

aa) Ausgangspunkt für die rechtliche Bewertung sind die im Folgenden dargestellten Umstände, die der Senat aufgrund des Gesamtinhalts des Verfahrens, insbesondere der Regelungen des SUV und der Angaben des Klägers und des Beigeladenen zu 1, feststellt.

Der SUV regelte im Sinne einer Rahmenvereinbarung einzelne Teilbereiche der – wiederkehrenden – Tätigkeit des Klägers zur Abdeckung von Auftragsspitzen des Beigeladenen zu 1. Vereinbart war danach ein "Stundenlohn 25,00 EUR netto". Hierauf entfallende Steuern oder Abgaben hatte der Kläger zu entrichten. Die weiteren schriftlichen Vereinbarungen über den Ersatz von Spesen und Fahrtkosten zur Baustelle wurden durch mündliche Vereinbarung der beiden Vertragsparteien abbedungen. Dies entnimmt der Senat dem übereinstimmenden Vortrag des Klägers und des Beigeladenen zu 1 im Erörterungstermin vom 12. April 2017. Diese gaben an, sich darauf geeinigt zu haben, nur die Stunden abzurechnen. Dies stimmt auch mit den vorgelegten Rechnungen überein, in denen nur die Stunden mit dem vereinbarten Betrag von EUR 25,00 aufgeführt und in den Gesamtbetrag eingeflossen sind. Vergütet wurden nur tatsächlich geleistete

Arbeitsstunden.

Der Kläger verpflichtete sich, am Ende jedes Kalendermonats den vom Kunden des Beigeladenen zu 1 abgezeichneten Arbeitszeitnachweis des entsprechenden Monats beim Beigeladenen zu 1 vorzulegen.

Das Vorliegen einer Freistellungs- und einer Unbedenklichkeitsbescheinigung sowie das Bestehen einer Haftpflichtversicherung des Klägers war ausdrücklich genannter Vertragsbestandteil. Tatsächlich verfügte der Kläger über diese Bescheinigungen und sowie eine Betriebshaftpflichtversicherung für Mängelhaftung und Wege zur Baustelle.

Bei Kündigung des Vertrags mit dem Kläger durch den Beigeladenen zu 1 wegen Einstellung der Arbeiten infolge höherer Gewalt oder wegen Unzumutbarkeit ihrer Fortführung für den Beigeladenen zu 1 aus einem vom Bauherrn gesetzten wichtigen Grund hatte der Kläger nur dann Anspruch auf Bezahlung bereits ausgeführter Arbeiten, wenn der Beigeladenen zu 1 vom Bauherrn seinerseits eine Vergütung für die Leistungen des Klägers erhielt

Dem Kläger war es nicht gestattet, den ihm erteilten Auftrag ganz oder teilweise weiter zu vergeben. Eine Verpflichtung des Klägers zur persönlichen Leistungserbringung bestand hingegen nicht. Die vertragliche Formulierung bezieht sich nach dem Wortlaut allein auf die Weitervergabe des gesamten Auftrags und damit auf den Abschluss eines weiteren Subunternehmervertrages mit einem Dritten. Dem entspricht der übereinstimmende Vortrag des Klägers und des Beigeladenen zu 1, dass ersterer berechtigt gewesen sei, Hilfspersonen einzusetzen. Ausdrücklich hat der Beigeladene zu 1 darauf hingewiesen, dass der Kläger, wenn er einen Fertigstellungstermin nicht hätte einhalten können, hätte "zu zweit arbeiten" müssen. Tatsächlich hat der Kläger keine eigenen Arbeitnehmer für die für den Beigeladenen zu 1 ausgeführten Arbeiten eingesetzt. Dies hat er im Erörterungstermin vom 12. April 2017 ausdrücklich auch auf Vorhalt seiner Angaben im Verwaltungsverfahren bekräftigt. Die Angabe im Fragebogen vom 19. August 2012 ("teils mit, teils ohne Hilfskräfte") bezog sich danach auf seine gesamte, von ihm als einheitlich selbständig angesehene Tätigkeit. Nach den zuletzt gemachten Angaben kamen "EUR 400,00-Kräfte" nur im Rahmen seines Schlüsseldienstes zum Einsatz.

Eine Verpflichtung zur Arbeitsleistung oder zur Übernahme einzelner Arbeitsaufträge enthielt der SUV nicht. Der Kläger war tatsächlich berechtigt, Aufträge des Beigeladenen zu 1 abzulehnen. Dies entnimmt der Senat dem übereinstimmenden Vortrag der beiden Vertragsparteien. Anhaltspunkte dafür, dass diese Angaben nicht zutreffend sein sollten, sind nicht ersichtlich und werden von den übrigen Beteiligten auch nicht vorgetragen.

Keine Regelungen traf der SUV zu Inhalt, Art und Ort der Tätigkeit sowie zu Lage und Umfang von Arbeitszeiten. Konkretisierungen insoweit erfolgten durch mündliche Absprache. Dies entnimmt der Senat den Angaben des Klägers und des Beigeladenen zu 1. So gab der Kläger bereits im Verwaltungsverfahren gerade nicht an, die konkrete Tätigkeit sei ihm - einseitig - vom Beigeladenen zu 1 angewiesen worden, sondern "Ansage nach mündlicher Absprache". Erforderlich war also in jedem Fall eine "Absprache", was einem einseitigen Weisungsrecht entgegensteht. Anderes ergibt sich auch nicht aus der Angabe im Klageverfahren, die einzelnen Gewerke seien mündlich "vergeben" worden. Eine Vergabe beinhaltet nach allgemeinem Sprachgebrauch gerade keine einseitige Leistungsbestimmung, sondern setzt ein Einverständnis des anderen Vertragspartners voraus. Damit in Übereinstimmung steht auch der Umstand, dass der Kläger einzelne Aufträge ablehnen konnte und nicht allgemein zur Arbeitsleistung verpflichtet war. Im Berufungsverfahren bekräftigte der Kläger, dass die zu erbringende Werkleistung mündlich besprochen worden sei. Der Beigeladene zu 1 bestätigte im Berufungsverfahren, dass einzelne Aufträge über die Arbeiten erteilt worden seien. Inhalt dieser einzelnen Aufträge war danach jeweils das Bauvorhaben (Baustelle) und das einzelne Gewerk (Kabel, Kabelrinnen und -schächte; im Hallenbau auch Lichtbänder). Für die Fertigstellung dieser Arbeiten gab der Beigeladene zu 1 Vorgaben, die er von seinen Auftraggebern erhalten hatte, an den Kläger weiter. Weitergehende zeitliche Vorgaben erfolgten durch den Beigeladenen zu 1 nicht. Dem Kläger wurden konkrete Arbeitszeiten nach Lage und Dauer nicht vorgegeben. Des Weiteren konnte und durfte der Kläger unabhängig von den festangestellten Mitarbeitern des Beigeladenen zu 1 auf der jeweiligen Baustelle arbeiten, an deren Arbeitszeiten oder Anwesenheit war er nicht gebunden. Dies entnimmt der Senat den übereinstimmenden Angaben der beiden am Vertragsverhältnis Beteiligten. Weder im Antrag noch in Beantwortung des Fragebogens vom 19. August 2012 gab der Kläger an, an vorgegebene Arbeitszeiten gebunden gewesen zu sein. Im Fragebogen wurde nur die tatsächliche Arbeitszeit abgefragt, nicht eine Vorgabe des Auftraggebers. Im Klageverfahren verwies er ausdrücklich auf eine freie Gestaltung seiner Arbeitszeit einschließlich Pausen. Dies hat er im Berufungsverfahren bekräftigt. Auch der Beigeladene zu 1 hat angegeben, dem Kläger nicht vorgegeben zu haben, wann er täglich zu arbeiten habe oder wie lange. Er habe lediglich die Vorgaben über Fertigstellungstermine weitergegeben. In welchem zeitlichen Umfang der Kläger zu deren Einhaltung jeweils arbeite oder Hilfspersonen einsetze, sei allein dessen Entscheidung gewesen. Dass einzelne Arbeiten oder Gewerke aufeinander aufbauten, erlaubt nicht den Rückschluss auf vorgegebene Arbeitszeiten. Vielmehr genügte die Einhaltung des Fertigstellungstermins, um den Arbeitnehmern des Beigeladenen zu 1 zu ermöglichen, die ihnen obliegenden, auf den Gewerken des Klägers aufbauenden Arbeiten auszuführen. Eine dauerhafte Arbeit Hand in Hand lag nicht vor. Abweichende Anhaltspunkte, die für vorgegebene Arbeitszeiten sprächen, vermag der Senat nicht zu erkennen und werden auch von den anderen Beteiligten nicht vorgebracht.

Dass der Beigeladene zu 1 dem Kläger fachliche Weisungen zur Durchführung der Arbeiten gab, vermag der Senat nicht festzustellen. In Beantwortung des Fragebogens im Verwaltungsverfahren gab der Kläger auf die Frage nach Weisungen fachlicher Art vom Auftraggeber "teils" an, ohne dies näher zu konkretisieren. Die Arbeiten würden vom Auftraggeber kontrolliert und dieser hätte das fachliche Letztentscheidungsrecht. Diese Antworten auf vorgegebene Fragen sind nicht eindeutig. Sie können sich auch auf eine Kontrolle mit der Folge der Abnahme oder Aufforderung zur Mängelbeseitigung nach werkvertraglichen Regelungen beziehen. Mangels näherer Umschreibung, welche Weisungen oder Kontrollen durchgeführt worden seien bzw. was der Kläger unter einem fachlichen Letztentscheidungsrecht verstehe, erlauben diese Angaben keine weiteren Rückschlüsse. Im sozialgerichtlichen Verfahren gab der Kläger ausdrücklich an, einem Weisungsrecht bzgl. der Art der Ausführung der Arbeiten nicht unterlegen zu haben. Es sei aber vorgekommen, dass er Arbeiten auf Aufforderung nachgebessert habe. Im Berufungsverfahren führte er ergänzend aus, aufgrund eigener Sach- und Fachkunde hätten ihm Art und Weise der Erledigung der Arbeiten nicht vorgegeben werden müssen. Der Beigeladene zu 1 bestätigte, dass Kontrollbefugnisse nur im Rahmen des Werkvertragsrechts bestanden hätten; ein "fachliches Letztentscheidungsrecht" habe es allenfalls als Anordnungsrecht hinsichtlich des Leistungssolls analog VOB Teil B gegeben. Hinsichtlich der Art und Weise der Durchführung habe er dem Kläger keinerlei Vorgaben gemacht, außer dass die Arbeiten nach den anerkannten Regeln der Baukunst zu erfolgen hätten. Weitergehende Indizien für ein fachliches Weisungsrecht hat auch die Beklagte nicht aufgezeigt.

Der Kläger war verpflichtet, Mängel seiner Arbeiten zu beseitigen, ohne die Arbeitszeiten hierfür dem Beigeladenen zu 1 in Rechnung stellen zu können. Dies entnimmt der Senat der ausdrücklichen Angabe des Klägers, dass dies tatsächlich in dieser Weise gehandhabt wurde. Anlass zu Zweifeln an dieser Angabe bestehen nicht. Dass der SUV keine Regelungen zur Mängelbeseitigung und -haftung enthielt, steht dem nicht entgegen. Eine ausdrückliche vertragliche Regelung ist nicht erforderlich und auch nicht zu erwarten, wenn beide Vertragsparteien davon ausgehen, dass die gesetzlichen Mängelansprüche des Auftraggebers nach §§ 633 bis 635 BGB bestehen. Aufgrund der tatsächlichen Handhabung geht der Senat davon aus, dass dies vorliegend der Fall war.

Der Senat vermag nicht festzustellen, dass bei unerwarteter Verhinderung des Klägers der Beigeladene zu 1 für eine Ersatzkraft zu sorgen hatte, wie vom SG zugrunde gelegt. Der SUV trifft hierzu keine Regelung. Tatsächlich ist der Fall nicht aufgetreten, so dass auch die praktische Handhabung keinen Rückschluss erlaubt. Die Angaben des Klägers im Verwaltungsverfahren in Beantwortung des Fragebogens der Beklagten ist nicht aussagekräftig. Auf die Fragen, wen er im Verhinderungsfall unterrichtete, ob ihm die freie Auswahl einer Ersatzkraft obliege und wer die Arbeiten dann übernehme gab er an: "Chef, Auftraggeber, Mitarbeiter". Hieraus wird bereits nicht deutlich, ob und gegebenenfalls worin ein Unterschied zwischen "Chef" und "Auftraggeber" bestehe und wessen Mitarbeiter, seine oder des Beigeladenen zu 1, dann die Arbeiten zu übernehmen hätten. Die Ausführungen des Beigeladenen zu 1 im Berufungsverfahren, dass die Einhaltung des Fertigstellungstermins der weitergegebenen Arbeiten allein Sache des Klägers gewesen seien, spricht dafür, dass die Stellung einer Ersatzkraft durch den Kläger hätte erfolgen müssen. Dies erscheint unter Beachtung des Zweckes des SUV, Auftragsspitzen des Beigeladenen zu 1 abzufangen, schlüssig. So hat der Beigeladene zu 1 im Erörterungstermin vom 12. April 2017 nachvollziehbar darauf hingewiesen, es wäre "kontraproduktiv" gewesen, seine eigenen Arbeitnehmer einzusetzen; der SUV sei gerade geschlossen worden, weil seine Arbeitnehmer den aktuellen Arbeitsumfang nicht mehr hätten bewältigen können.

Der Kläger hat im Rahmen der Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 auf der jeweiligen Baustelle Arbeitskleidung (T-Shirt) getragen, die ihn als Mitarbeiter des Beigeladenen zu 1 erkennen ließ. Eine Verpflichtung hierzu bestand nicht. Dies entnimmt der Senat den übereinstimmenden Angaben der beiden sowie den (insoweit fehlenden) Regelungen des SUV.

Zu verbauende Arbeitsmaterialien wurden dem Kläger vom Beigeladenen zu 1 oder dessen Auftraggeber zur Verfügung gestellt. Der Kläger verwendete im Rahmen der Tätigkeit für den Beigeladenen zu 1 ausschließlich sein eigenes Werkzeug, dessen Anschaffungswert zwischen EUR 4.000,00 und EUR 5.000,00 lag. Desgleichen nutzte er für Fahrten von und zur Baustelle sein eigenes Kfz, Modell Kangoo, das er auch im Rahmen seiner weiteren selbständigen Tätigkeit als Firmenwagen einsetzte und den Schriftzug seines eigenen Unternehmens trug. Auch dies entnimmt der Senat den übereinstimmenden Angaben der beiden Vertragsparteien.

bb) Unter Abwägung der Umstände des Einzelfalls, wie sie sich aus den vorstehenden tatsächlichen Feststellungen ergeben, lag eine abhängige Beschäftigung des Klägers beim Beigeladenen zu 1 im streitbefangenen Zeitraum nicht vor.

(1) Der Kläger war in seiner Tätigkeit als Elektroinstallateur weder in eine vorgegebene Betriebsordnung des Beigeladenen zu 1 eingegliedert noch weisungsgebunden.

Grundsätzlich stellt es ein gewichtiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung dar, wenn die nach dem Vertrag geschuldete Leistung derart unbestimmt ist, dass sie erst durch weitere Vorgaben oder eine Eingliederung in den Betrieb konkretisiert wird (LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 14. Februar 2012 - [L 11 KR 3007/11](#) -, juris, Rn. 59; ebenso Bundesarbeitsgericht [BAG], Urteil vom 09. Oktober 2002 - [5 AZR 405/01](#) -, juris, Rn. 23 f.). Erfolgt die danach notwendige Konkretisierung erst durch die Weisungen des Auftraggebers, liegt eine Tätigkeit als Arbeitnehmer vor (BAG, Urteil vom 9. November 1994 - [7 AZR 217/94](#) - juris, Rn. 32). Gleiches gilt im Grundsatz, wenn zur Überbrückung von Urlaubszeiten oder Auftragsspitzen Arbeiten übertragen werden, die normalerweise von den Arbeitnehmern des Auftraggebers ausgeführt werden. Denn auch dann liegt nahe, dass die Arbeiten im Rahmen derselben Weisungsbefugnis ausgeübt werden, wie bei den ersetzten Arbeitnehmern.

Der vorliegende Sachverhalt liegt jedoch anders. Zwar war die konkret geschuldete Leistung im SUV nicht geregelt. Die notwendige Konkretisierung erfolgte jedoch, wie oben festgestellt, durch weitere mündliche Abreden zwischen beiden am Vertragsverhältnis Beteiligten, nicht durch einseitige Weisungen des Beigeladenen zu 1. Auch bei Annahme eines Einzelauftrags unterlag der Kläger nicht wie ein Arbeitnehmer dem Weisungsrecht des Beigeladenen zu 1. Ein fachliches Weisungsrecht, das über die werkvertragsrechtlichen Befugnisse eines Auftraggebers hinausgingen, konnte der Senat nicht feststellen (s.o.). Ein Weisungsrecht hinsichtlich Lage und Dauer der Arbeitszeit bestand nicht und ergab sich, wie oben festgestellt, auch nicht durch die Arbeits- und Betriebsabläufe. Die Vorgabe von Fertigstellungsterminen ist auch bei Werkverträgen möglicher Vertragsinhalt und nicht mit einem arbeitgeberseitigen Weisungsrecht zur Einhaltung bestimmter (täglich oder wöchentlich) Arbeitszeiten gleichzusetzen. Der Arbeitsort ergab sich aus dem jeweiligen Einzelauftrag und wurde daher ebenfalls nicht einseitig vom Beigeladenen zu 1 bestimmt. Tätigkeiten auf dem eigenen Betriebsgelände konnte dieser dem Kläger nicht anweisen, wie es bei einem festangestellten Arbeitnehmer möglich gewesen wäre. Die Verpflichtung, am Ende jedes Kalendermonats den vom Kunden abgezeichneten Arbeitszeitnachweis des entsprechenden Monats beim Beigeladenen zu 1 vorzulegen, war ausdrücklich vertraglich vereinbart und beruhte nicht auf einer einseitigen Anordnung des Beigeladenen zu 1.

Der Beigeladene zu 1 hat sich des Klägers als Erfüllungsgehilfe (vgl. [§ 278 BGB](#)) bedient. Allein aus dem Umstand, dass er die Leistungen des Klägers benötigte, um seinerseits seine vertraglichen Verpflichtungen gegenüber seinen Auftraggebern erfüllen zu können, lässt sich für die Frage, ob der Kläger abhängig beschäftigt oder selbständig tätig gewesen ist, nichts herleiten. Natürliche und juristische Personen können zur Erfüllung ihrer - sei es gesetzlichen, sei es vertraglichen - Verpflichtungen sowohl abhängig Beschäftigte als auch selbständig Tätige beauftragen (LSG Niedersachsen-Bremen, Urteil vom 22. Oktober 2014 - [L 2 R 258/14](#) - juris, Rn. 34). Die (gesetzlichen oder vertraglichen) Verpflichtungen des Auftraggebers gegenüber Dritten sind lediglich das Motiv für die Beauftragung, sagen aber nichts über die Weisungsgebundenheit im Verhältnis zum Beauftragten oder Sonstiges über dieses Vertragsverhältnis aus (Urteile des Senats vom 27. Februar 2015 - [L 4 R 3943/13](#) -, vom 19. Juni 2015 - [L 4 R 2821/14](#) - und vom 27. November 2015 - [L 4 R 680/15](#) - alle nicht veröffentlicht).

Dass der Kläger - ohne rechtliche Verpflichtung - Arbeitskleidung trug, die ihn auf der Baustelle nach außen als Mitarbeiter des Beigeladenen zu 1 erscheinen ließ, ist zwar ein Indiz für eine Eingliederung in dessen Betrieb. Dieses wird aber bereits dadurch entkräftet, dass der Kläger für die Fahrten von und zur Baustelle sein eigenes, mit dem Schriftzug seines eigenen Unternehmens versehenes Kfz benutzte. Eine Verpflichtung des Klägers zur persönlichen Leistungserbringung, wie sie für Arbeitnehmer typisch ist, bestand nicht.

(2) Der Kläger trug ein zu berücksichtigendes Unternehmerrisiko. Zwar wurde die Arbeitsleistung des Klägers nach einem festen Stundensatz vergütet. Entgolten wurden aber allein die tatsächlich geleisteten Arbeitsstunden. Anders als bei Arbeitnehmern genügte für den Entgeltanspruch nicht das bloße Anbieten der Arbeitskraft. Des Weiteren trug er das Mängelrisiko. Arbeitszeiten, die er für die Mängelbeseitigung aufwenden musste, wurden nicht vergütet. Dem entspricht, dass der Kläger sich gegen das Risiko der Mängelbeseitigung versichert hatte. Ein solches Risiko trägt ein Arbeitnehmer nicht. Gleiches gilt für das Ausfallrisiko bei Kündigung des Vertrags. Bei Kündigung des Vertrags mit dem Kläger durch den Beigeladenen zu 1 wegen Einstellung der Arbeiten infolge höherer Gewalt oder wegen Unzumutbarkeit ihrer Fortführung für den Beigeladenen zu 1 aus einem vom Bauherrn gesetzten wichtigen Grund hatte der Kläger nur dann Anspruch auf Bezahlung bereits ausgeführter Arbeiten, wenn der Beigeladenen zu 1 vom Bauherrn seinerseits eine Vergütung für die Leistungen des Klägers erhielt. Der Kläger lief mithin Gefahr, seinen Vergütungsanspruch auch für bereits geleistete Arbeiten wegen Störungen im Vertragsverhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 1 und dessen Auftraggeber zu verlieren. Auch ein solches Risiko trägt ein Arbeitnehmer nicht. Des Weiteren setzte der Kläger eigene Arbeitsmittel (Werkzeug und als solches beschriftetes Firmen-Kfz) ein. Auch wenn dies im Hinblick auf den Gesamtwert der eingesetzten Mittel und die vom Beigeladenen zu 1 gestellten zu verbauenden Arbeitsmaterialien abgeschwächt wird, trug der Kläger insgesamt wirtschaftliche Risiken, die Arbeitnehmer nicht tragen. Dem stand ein unternehmerischer Gestaltungsspielraum gegenüber, der sich in dem vereinbarten Stundensatz widerspiegelt. Dieser lag mit EUR 25,00 deutlich über den Stundensätzen von EUR 9,00 bis EUR 15,00, die der Beigeladene zu 1 seinen Arbeitnehmern zahlte (vgl. zur Indizwirkung höherer Vergütungssätze gegenüber sozialversicherungspflichtig Beschäftigten BSG, Urteil vom 31. März 2017 - [B 12 R 7/15 R](#) - juris, Rn. 50). Der Senat berücksichtigt dabei, dass der Kläger aufgrund seiner eigenen betriebswirtschaftlichen Bewertung diesen Betrag als ausreichend und so einträglich erachtete, dass er die ihm nach dem SUV zustehenden Ansprüche auf Spesen oder Fahrkosten nicht in Rechnung stellte.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 Abs. 1 Satz 1, Abs. 4 SGG](#) (BSG, Beschluss vom 29. Mai 2006 - [B 2 U 391/05 B](#) - juris, Rn. 18) und berücksichtigt insbesondere, dass der Beigeladene zu 1 als Berufungsführer obsiegt, im Klageverfahren jedoch keinen Sachantrag gestellt hatte.

5. Die Revision war nicht zuzulassen, da Gründe hierfür (vgl. [§ 160 Abs. 2 SGG](#)) nicht vorliegen.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-07-26