

L 11 R 2507/16 ZVW

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Stuttgart (BWB)

Aktenzeichen

S 26 R 4920/10

Datum

23.04.2012

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 R 2507/16 ZVW

Datum

07.11.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Leitsätze

Zur Wertung einer Tätigkeit im Bereich "MBC PoS SDE/Infrastruktur/Umgebungsplanung" als selbständige, nicht sozialversicherungspflichtige Tätigkeit.

Die Berufung der Beklagten gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 23.04.2012 wird zurückgewiesen.

Die Beklagte trägt die Kosten des Verfahrens in allen Rechtszügen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf 5.000 EUR festgesetzt.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist noch streitig, ob der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 15.10. bis 18.12.2009 bei der Klägerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Der 1971 geborene Beigeladene zu 1) ist staatlich geprüfter Informatiker. Zuletzt war er bis 04.06.2001 versicherungspflichtig beschäftigt, seither ist er als IT-Consultant freiberuflich tätig und privat krankenversichert.

Die Klägerin, die 1989 als AG gegründet wurde, ist ein international ausgerichtetes Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen und zählt nach ihren eigenen Angaben zu den zehn führenden mittelständischen Informations- und Kommunikationsdienstleistern in Deutschland. Sie bietet IT-Services und Lösungen an. Sie verfügt über eine Erlaubnis zur Arbeitnehmerüberlassung nach dem Arbeitnehmerüberlassungsgesetz (AÜG).

Der Beigeladene zu 1) war in der Zeit vom 26.02. bis 18.12.2009 für die Klägerin tätig. Zugrunde lag ein mit "Beauftragung" überschriebener Vertrag vom 25.02.2009, in dem die Klägerin als "Auftraggeber" den Beigeladenen zu 1) als "Auftragnehmer" beauftragte, Beratungs- und Dienstleistungen im geplanten Leistungszeitraum 26.02. bis 31.12.2009 mit einem geplanten Leistungsumfang von 1.400 Personenstunden, einem Stundensatz von 73,00 EUR und einem Gesamtvolumen von 102.200,00 EUR für den Kunden T. mit Einsatzorten in L. und F. zu erbringen. Auszugsweise lautete der Vertrag wie folgt:

Leistungsbeschreibung: Projekt: "M. Pos SDE/Infrastruktur/Umgebungsplanung"

SDE - Kommunikation Richtung Kunde bzgl. Entwicklungsumgebung, betrieben durch Kunde (Websphere/PAI) - Technischer Background Websphere Application Server / Rational Software Architect - SLA Abstimmung mit Kunde - Erfahrung mit Betrieb von Entwicklungsumgebungen - Kundenkontakt Infrastruktur - Abstimmung mit D. StarConnect für Deployments - Verantwortung für Installationshandlung / Betriebshandbuch - Organisation von Deployments auf Kundenumgebung unter Einhaltung von Kundenrichtlinien - Planen der Umgebung - Sammeln / Berechnen von Sizing Informationen - Sicherstellen der plangerechten Verfügbarkeit der Umgebungen (Systeme, Infrastruktur, Kommunikationskanäle usw.)

Vertragsbedingungen:

1. Gegenstand des Vertrages (der Beauftragung)/Leistungsumfang

- a) Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer, die unter dem Kapitel "Leistungsbeschreibung" des näher beschriebenen Beratungs- und Dienstleistungen zu erbringen. Der angegebene Anspruch auf die maximale Vergütung. Der Auftraggeber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, den geplanten Leistungsumfang voll auszuschöpfen.
- b) Sofern oben nichts anderes vereinbart, gilt der vereinbarte Stundensatz unabhängig davon, an welchen Tagen, zu welcher Tageszeit, in welchem Umfang und an welchem Ort die Arbeiten durchgeführt werden.
- c) Der Auftragnehmer wird für den Auftraggeber als freier Mitarbeiter tätig. Ein Anstellungsverhältnis wird nicht begründet.
- d) Für die steuerlichen und sozialversicherungsrechtlichen Belange sowie für eine gegebenenfalls notwendige Gewerbeanmeldung wird der Auftragnehmer selbst Sorge tragen. Dies ist bei der Kalkulation der Vergütung berücksichtigt.
- e) Der Auftragnehmer ist frei darin, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein. Der Auftragnehmer erfüllt seine Aufgaben eigenverantwortlich.
- f) Sollte der Auftraggeber an der Auftragserfüllung gehindert sein, verpflichtet er sich, den Auftraggeber rechtzeitig darüber zu informieren. Der Auftragnehmer kann sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben auch anderer Personen bedienen, die die erforderliche fachliche Qualifikation besitzen, er bleibt jedoch für die ordnungsmäße Erfüllung der vertraglichen Leistungen gegenüber dem Auftraggeber verantwortlich.
- g) Im Leistungsnachweis sind der Einsatzort sowie der Umfang der Tätigkeit für jeden Einsatztag entsprechend auszuweisen.

2. Laufzeit des Vertrags/Kündigung

- a) Dieser Vertrag kann aus wichtigem Grund, insbesondere wichtigen wirtschaftlichen Gründen wie der Stornierung des Gesamtauftrages durch den Kunden des Auftraggebers oder, wenn er die entsprechend der Leistungsbeschreibung geforderte Qualität und Quantität nicht erfüllt werden, ohne Frist durch den Auftraggeber schriftlich gekündigt werden. Kündigt der Auftraggeber, so werden dem Auftragnehmer bereits entstandene Kosten und Auslagen für bereits geleistete Arbeiten vertragsgemäß entsprechend dem erzielten Leistungsstand ersetzt.

b)

3. Abrechnung/Rechnungsstelle

- a) Der Auftragnehmer wird monatlich Rechnungen stellen. Die Mehrwertsteuer ist auf der Rechnung gesondert auszuweisen. Ebenso muss die Auftragsnummer jeweils auf dem Leistungsnachweis und den Rechnungen angegeben sein.
- b) Die monatliche Abrechnung erfolgt nach Aufwand auf Basis der von dem Auftraggeber oder dessen Kunden gegengezeichneten Leistungsnachweise, die den Rechnungen beizufügen sind. Der Leistungsnachweis muss die Auftragsnummer beinhalten und ist spätestens am 3. Arbeitstag des Folgemonats vorzulegen.
- c) Nach Beendigung der Leistung wird vom Auftragnehmer eine Schlussrechnung erstellt. Voraussetzung für die Fälligkeit der Schlussrechnung ist die von dem Auftraggeber bzw dessen Kunden schriftlich bestätigte Bescheinigung der vollständigen und ordnungsgemäß erbrachten Leistung und eventuell die schriftlich bestätigte vollständige Übergabe von Ergebnissen. Ohne die schriftlich bestätigte Übergabe von Ergebnissen bzw schriftlich bestätigte Bescheinigung der vollständig und ordnungsgemäß erbrachten Leistungen wird die Schlussrechnung bzw. die letzte gestellte Rechnung nicht fällig.
- d) S. obliegt nicht die Abführung der bei dem Auftragnehmer mit Vertragsdurchführung etwa anfallenden Steuern oder sonstigen Abgaben.
- e) Sämtliche Rechnungen sind innerhalb von 15 Tagen nach Zugang zur Zahlung fällig. Für die Schlussrechnung gilt gesondert, dass die unter c) genannten Bescheinigungen/Nachweise vorliegen.

4. Wettbewerbsklausel

5. Abwerbungsverbot.

- 6. Sonstiges/Schlussbestimmungen d) Im Übrigen gelten die "Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Subunternehmer", einsehbar unter [http://www.s ...de/fileadmin/s./pdf/Subunternehmer.pdf](http://www.s...de/fileadmin/s./pdf/Subunternehmer.pdf).

Der Beigeladene zu 1) übte die Tätigkeit für die Klägerin überwiegend von zu Hause, in geringem Umfang auch am Betriebssitz des Kunden aus. Er ließ sich die geleisteten Stunden von Mitarbeitern des Endkunden bestätigen und rechnete die geleisteten Stunden gegenüber der Klägerin mit Umsatzsteuer ab.

Am 17.03.2009 beantragte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit für die Klägerin. In seinem Antrag gab er an, er handele unternehmerisch frei in der Auswahl seiner Aufträge, werbe auf verschiedenen Kanälen, kalkuliere selbstständig und verhandele Preise eigenverantwortlich. Auf Nachfragen der Beklagten und im Rahmen der schriftlichen Anhörung mit Schreiben vom 15.07.2009 nahm der Beigeladene zu 1) wiederholt Stellung und führte aus, er habe keine regelmäßigen Arbeitszeiten, erhalte keine Weisungen des Auftraggebers und mit den Mitarbeitern des Kunden finde eine lose Zusammenarbeit statt. Diese Mitarbeiter lieferten Support im Projekt auf Zuruf und erledigten gegebene Arbeitspakete. Es gebe einen Projektleiter innerhalb des Projektes, dem er in unregelmäßigen Abständen berichte. Er unterhalte zu Hause ein eigenes Büro mit entsprechender Ausstattung und habe vor Ort beim Kunden einen flexiblen Arbeitsplatz, wenn es notwendig sei. Vom Endkunden sei ihm ein Notebook zur Kommunikation zur Verfügung gestellt worden, um die interne Unternehmensnetzwerksicherheit bei der Kommunikation mit dem Unternehmen

gewährleisten zu können. Ansonsten verwende er sein eigenes Notebook. Zu berücksichtigen sei auch, dass er erheblichen Aufwand in Werbung investiere, etwa für die Wartung seiner Webseite (www.j...de) sowie weitere Links bei den Portalen Gulp und Xing.

Die Klägerin äußerte im Anhörungsverfahren, sie habe bei dem Endkunden ein Gesamtprojekt, wobei die Verantwortung der Projektkoordination dem Projektleiter der Klägerin obliege. Dieser stimme sich in allen übergeordneten Belangen mit dem Projektverantwortlichen des Endkunden ab. Der Projektleiter der Klägerin stimme sich dann weiter mit dem Beigeladenen zu 1) ab, der ergebnisorientiert unter Berücksichtigung des gemeinsam geplanten Zeit- und Aufwandsrahmens die Projektlösung ausarbeite. Der Beigeladene zu 1) sei nicht weisungsgebunden und in der Wahl der Art und Weise der Lösungsausarbeitung frei. Er könne auch einen Teil der Ausarbeitung an einen Dritten weitergeben oder das übergebene Arbeitspaket komplett von Dritten ausarbeiten lassen. Im Außenverhältnis habe man die Endkundin bereits vor dem Projektstart informiert, dass für den vom Beigeladenen zu 1) durchzuführenden Projektteil aus Kapazitätsgründen kein eigener Mitarbeiter vorhanden sei. Dies sei allen Beteiligten bekannt gewesen. Der Beigeladene zu 1) sei in keinerlei betriebliche Abläufe der Klägerin eingegliedert gewesen.

Mit Bescheiden vom 12.10.2009 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) im Bereich "M. PoS SDE/Infrastruktur/Umgebungsplanung" bei der Klägerin seit dem 26.02.2009 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Zur Begründung führte die Beklagte aus, Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis seien, dass der Arbeitsort von der Klägerin vorgegeben sei, er arbeite am Betriebssitz des Kunden. Hinsichtlich der Arbeitszeit habe sich der Beigeladene zu 1) an die Gegebenheiten des Kunden zu halten. Es sei ein maximales Stundenkontingent vereinbart, die Tätigkeit ende mit Erarbeitung des Zeitkontingentes. Die Vergütung erfolge anhand eines festen Stundensatzes und es bestehe die Verpflichtung, über den Arbeitseinsatz einen Tätigkeitsnachweis zu führen. Die für die Erfüllung des Auftrags benötigten Arbeitsmittel würden dem Beigeladenen zu 1) am Betriebssitz des Kunden gestellt. Der Beigeladene zu 1) erscheine gegenüber dem Endkunden als Mitarbeiter der Klägerin. Er sei nicht direkter Vertragspartner des Kunden. Die von der Klägerin zu erledigenden Aufgaben würden lediglich an den Beigeladenen zu 1) delegiert. Dieser erbringe die Leistungen persönlich, Hilfskräfte würden nicht eingesetzt. Es fänden Besprechungen vor Ort beim Kunden statt. Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit seien, dass der Vertrag keinerlei arbeitnehmertypische Regelungen wie Urlaubsgeld oder Lohnfortzahlung im Krankheitsfall enthalte. Nach Gesamtwürdigung aller relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis. Die Arbeiten würden nur scheinbar weisungsfrei erbracht, da die zu erbringenden Leistungen im Vorhinein festgelegt worden seien. Die Versicherungspflicht beginne mit der Aufnahme der Beschäftigung, da der Beschäftigte dem späteren Beginn nach [§ 7a Abs 6 Satz 1](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) nicht zugestimmt habe.

Gegen diesen Bescheid erhoben sowohl die Klägerin als auch der Beigeladene zu 1) am 28.10.2009 Widerspruch. Die Klägerin führte aus, der Beigeladene zu 1) arbeite nicht in den Räumen des Kunden, sondern von zu Hause. Besprechungen vor Ort mit dem Kunden seien normal und kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung. In der Außendarstellung sei von Anfang an klargestellt gewesen, dass der Beigeladene zu 1) kein Mitarbeiter der Klägerin, sondern freier Unternehmer sei. Man müsse auch die Vertragsverhältnisse zwischen dem Kunden und der Klägerin sowie zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) unterscheiden. Gegenüber der Klägerin könne der Beigeladene zu 1) selbstständig kalkulieren und Preisverhandlungen führen, so habe man auch den Stundensatz verhandelt. In der Einteilung seiner Arbeitszeit sei der Beigeladene zu 1) unter Berücksichtigung der Wünsche des Kunden frei. Er hafte für den Erfolg gegenüber der Klägerin, eine fachliche Weisungsgebundenheit bestehe nicht. Der Beigeladene zu 1) trage auch ein erhebliches Unternehmerrisiko, er müsse selbst für Folgeaufträge sorgen und betreibe einen hohen Akquiseaufwand im Internet. Außerdem verfüge er über eigene Betriebsmittel. Der Beigeladene zu 1) unterstehe auch keiner Projektleitung. Der Endkunde habe zwar gewisse Rahmenbedingungen mit dem Beigeladenen zu 1) vereinbart, jedoch sei dieser im Rahmen dessen in der Gestaltung des Auftrags frei.

Mit Änderungsbescheiden vom 11.05.2010 gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) änderte die Beklagte die Bescheide vom 12.10.2009 dahingehend, dass in der vom Beigeladenen zu 1) vom 26.02. bis 18.12.2009 ausgeübten Beschäftigung im Bereich "M. Pos SDE/Infrastruktur/Umgebungsplanung" bei der Klägerin Versicherungspflicht in der Krankenversicherung, der Pflegeversicherung, der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 05.08.2010 wies die Beklagte sodann die Widersprüche zurück. Die zu erbringende Leistung sei vertraglich geregelt, es bleibe dem Beigeladenen zu 1) nur die Möglichkeit, den Auftrag anzunehmen oder abzulehnen. Auf die arbeitsbegleitenden Regelungen habe er keinen Einfluss. Hinsichtlich der Ausführung unterliege er Einschränkungen durch Vorgaben des Endkunden bzw des Projektleiters. Obwohl die vertraglichen Regelungen eine freie Gestaltung der Arbeitszeit vorsähen, sei die Gestaltungsmöglichkeit durch die terminlichen Vorgaben des Endkunden begrenzt. Zudem sei ein Leistungsnachweis zu führen. Zwar bestehe keine Verpflichtung zur persönlichen Leistungserbringung, die allein formale Berechtigung, die Leistung durch Dritte erbringen zu lassen, schließe das Vorliegen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses jedoch nicht aus, wenn die persönliche Leistungserbringung die Regel sei. Der Einsatz von Hilfskräften sei vorliegend nicht erfolgt. Das Haftungsrisiko bestehe ausschließlich für die Klägerin gegenüber dem Endkunden, weil ein Vertragsverhältnis zwischen dem Beigeladenen zu 1) und dem Endkunden nicht bestehe. Eine Honorierung erfolge nicht aufgrund eines Projekterfolges, sondern aufgrund von kontrollierten Zeiterfassungsbögen auf Stundenbasis. Hinsichtlich Arbeitszeit und Arbeitsort seien dem Beigeladenen zu 1) somit nur scheinbar Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt. Eine Eingliederung in die Betriebsorganisation setze nicht notwendigerweise das Eingebundensein in die Arbeitsabläufe am Betriebssitz der Klägerin voraus, sondern könne bei auswärts zu erfüllenden Aufgaben bereits durch Übertragung einer konkreten Funktion zur Erfüllung einer vom Auftraggeber übernommenen Verpflichtung vorliegen. Der Beigeladene zu 1) verrichte fremdbestimmte Tätigkeiten als dienendes Glied einer Betriebsorganisation persönlich und stehe dabei nicht im Mittelpunkt des eigenen Betriebes. Er habe bei seiner Tätigkeit Vorgaben zu beachten, die der Kunde der Klägerin dieser bei der Erteilung des Auftrags gemacht habe und zu deren Einhaltung er sich gegenüber der Klägerin vertraglich verpflichtet habe. Wenn die gesamte Arbeitsorganisation wie im Fall der Klägerin darauf gerichtet sei, für Kunden nach deren Vorgaben und Vorstellungen IT-Projekte jeglicher Art zu organisieren und unter Einsatz eigenen Personals durchzuführen, manifestiere sich auf geradezu klassische Weise die arbeitsorganisatorische Eingliederung in die betrieblichen Abläufe der Klägerin. Ein unternehmerisches Risiko des Beigeladenen zu 1) liege nicht vor. Die eigene Arbeitskraft werde nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt, da eine Stundenpauschale, die Anzahl der Stunden und der Auftragszeitraum vereinbart worden seien. Es sei unerheblich, dass der finanzielle Erfolg sowie eine eventuelle Folgebeauftragung von der beruflichen Tüchtigkeit des Beigeladenen zu 1) abhängig sei. Er trage lediglich das für Arbeitnehmer typische Entgeltrisiko. Die Nutzung eigener Computer stelle kein unternehmerisches Risiko dar, da derartige Kosten auch von Arbeitnehmern getragen würden und der wirtschaftliche Aufwand für den Erwerb nicht so hoch sei, dass ein mit einem erheblichen

wirtschaftlichen Risiko verbundener Aufwand begründet werden könne.

Hiergegen richtet sich die am 10.08.2010 von der Klägerin zum Sozialgericht Stuttgart (SG) erhobene Klage. Zur Begründung hat die Klägerin ihr Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren wiederholt und vertieft.

Das SG hat in der mündlichen Verhandlung am 23.04.2012 den Beigeladenen zu 1) persönlich angehört und sodann mit Urteil vom gleichen Tag die angefochtenen Bescheide aufgehoben und festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 26.02. bis 18.12.2009 bei der Klägerin nicht als abhängig Beschäftigter sozialversicherungspflichtig war. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Beigeladene zu 1) sei nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Er sei nicht am Sitz der Klägerin tätig geworden, sondern überwiegend zu Hause. Bezüglich des Arbeitsortes unterliege er keinem Weisungsrecht durch die Klägerin. Allein die Tatsache, dass er zur gelegentlichen Implementierung bestimmter Teile der Projektplanung beim Endkunden vor Ort zu sein habe, ändere daran nichts, da sich dies aus der Natur der Sache ergebe. Der Beigeladene zu 1) unterliege auch keinem Weisungsrecht der Klägerin bezüglich der Arbeitszeit. Die Konzeptionierung und Planung erledige er bei sich und im Büro, lediglich die Zeitpunkte der Implementierung seien mit dem Endkunden zu vereinbaren. Diese Zeitpunkte würden aber nicht von der Klägerin vorgegeben, sondern erfolgten in Absprache mit den Mitarbeitern des Endkunden. Auch im fachlichen Bereich bestehe kein Weisungsrecht. Für die selbstständige Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) spreche auch, dass man sich überhaupt nur eines solchen "Dreiecksverhältnisses" bedient habe, da große Endkunden kein Interesse daran hätten, mit Einzelpersonen zu kontrahieren, auch im Hinblick auf das Haftungsrisiko. Der Beigeladene zu 1) habe ein Unternehmerrisiko getragen, denn er habe eigene Arbeitsmittel vorgehalten und gehe auch durch das Absolvieren und Bezahlen von Fortbildungsveranstaltungen in Vorleistung. Ob sich der Einsatz seiner Geldmittel insoweit lohne, sei ungewiss. Der Beigeladene zu 1) trete auch werbend in verschiedenen Medien auf und unterhalte eine eigene Homepage, auf welcher er seine Dienstleistung anbiete. Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Urlaubsgeld seien vertraglich nicht vereinbart gewesen. Der Beigeladene zu 1) sei auch frei gewesen, sich Dritter zu bedienen. Allein die Verwendung von vom Endkunden zur Verfügung gestellter PCs führen nicht dazu, den Beigeladenen zu 1) als Angestellten zu betrachten. Dies beruhe allein auf Sicherheits- und Datenschutzgründen. Der Beigeladene zu 1) sei im Übrigen für verschiedene Arbeitgeber tätig, auch während der Tätigkeit für die Klägerin sei er in den ersten beiden Monaten gleichzeitig für einen anderen Auftraggeber tätig gewesen. Zusammenfassend erschöpfe sich die Zusammenarbeit zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) darin, dass ihm der Auftrag, welchen die Klägerin vom Endkunden erhalten habe, weitergegeben werde. Die Zusammenarbeit gleiche einer Vermittlung, nicht aber einer abhängigen Beschäftigung.

Gegen das ihr am 21.05.2012 zugestellte Urteil richtet sich die am 24.05.2012 eingelegte Berufung der Beklagten.

In der mündlichen Verhandlung vor dem Senat am 17.12.2013 hat der Beigeladene zu 1) seine Zustimmung nach [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) zum Eintritt der Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe der Entscheidung der Beklagten erklärt. Mit Urteil vom 17.12.2013 hat der Senat die Berufung der Beklagten zurückgewiesen und zur Begründung ausgeführt, die Feststellung der Versicherungspflicht komme unabhängig davon, ob eine Beschäftigung vorgelegen habe, schon deshalb nicht in Betracht, weil nach der erteilten Zustimmung des Beigeladenen zu 1) die Versicherungspflicht erst mit Bekanntgabe des Bescheids vom 11.05.2010 eintreten könne. Zu diesem Zeitpunkt sei der Beigeladene zu 1) schon nicht mehr für die Klägerin tätig gewesen, so dass eine entsprechende Feststellung ins Leere ginge. Der Beigeladene zu 1) habe den Antrag auf Statusfeststellung rechtzeitig innerhalb der Monatsfrist nach Aufnahme der Tätigkeit gestellt und sie ausreichend anderweitig abgesichert gewesen. Da der Bescheid vom 12.10.2009 nur eine (unzulässige) Elementenfeststellung über ein Beschäftigungsverhältnis enthalten habe, komme es auf diesen nicht an.

Auf die vom Senat zugelassene Revision der Beklagten hat das Bundessozialgericht (BSG) mit Urteil vom 24.03.2016 ([B 12 R 3/14 R](#)) das Senatsurteil vom 17.12.2013 aufgehoben und die Sache zur erneuten Verhandlung und Entscheidung zurückverwiesen. Eine mögliche Versicherungspflicht des Beigeladenen zu 1), sofern sie nach den noch zu treffenden Feststellungen zu bejahen sein sollte, trete erst mit Bekanntgabe der Entscheidung der Beklagten ein. Maßgebend sei jedoch der Ausgangsbescheid vom 12.10.2009. Es stehe im Einklang mit Wortlaut und erkennbarem Sinn des [§ 7a Abs 6 Satz 1 SGB IV](#), den Beginn der Versicherungspflicht mit Bekanntgabe der ersten Entscheidung der Beklagten anzunehmen. Der Bescheid vom 12.10.2009 sei nicht nichtig gewesen, sondern lediglich rechtswidrig wegen der dort enthaltenen Elementenfeststellung. Nach dem Willen des Gesetzgebers sollte das finanzielle Risiko des "gutgläubigen Arbeitgebers" reduziert werden. Die Unsicherheit der Beteiligten über die Ausübung einer selbstständigen Tätigkeit oder versicherungspflichtigen Beschäftigung sei jedoch bereits mit Bekanntgabe des ersten Bescheids am 15.10.2009 beendet worden. Insoweit werde das LSG weitere Ermittlungen zu einer möglichen Weisungsgebundenheit des Beigeladenen zu 1) und zu dessen Einbindung in die Arbeitsorganisation der Klägerin zu treffen haben sowie Feststellungen dazu, ob ggf eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung vorliege.

Die Berichterstatterin hat den Rechtsstreit mit den Beteiligten am 06.12.2016 ausführlich erörtert und hierbei insbesondere den Beigeladenen zu 1) umfassend angehört.

Die Beklagte trägt ergänzend zur Berufungsbegründung noch vor, nach der Rechtsprechung des BSG sei das Vertragsverhältnis maßgeblich. Nach den AGB für Subunternehmer (Abschnitt 2.3) in der damals geltenden Fassung könne die Klägerin jederzeit Änderungen oder Zusatzleistungen verlangen. Ein Weisungsrecht ergebe sich auch aus der Unbestimmtheit des vertraglichen Leistungsgegenstands. Wenn der Beigeladene zu 1) für die Klägerin in einem Großprojekt tätig werde, erfülle sich darin die Eingliederung in deren Betriebsorganisation. Eine Eingliederung ergebe sich auch aus der Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) selbst seine Dienstleistungen im Rahmen eines zwischen seinem Auftraggeber (der Klägerin) und einem Dritten abgeschlossenen Werkvertrags erbringe (andernfalls wäre die Problematik der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung tangiert). Bereits diese vertragliche Gesamtkonstellation erfordere die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Beigeladenen zu 1). Die zu erbringende Leistung werde mit "Projekt M. PoS SDE/Infrastruktur/Umgebungsplan" umschrieben. Die vertragliche Beschreibung sei nicht annäherungsweise präzise genug, als dass der Beigeladene zu 1) auf dieser Grundlage seine Dienstleistung ohne weitere Weisungen in eigener Verantwortung erbringen könne. Er habe sich den im Werkvertrag zwischen seinem Auftraggeber (der Klägerin) und dem Kunden vereinbarten Inhalten unterordnen müssen. Dass Weisungen in fachlicher Art entbehrlich seien, sei in dieser Hinsicht unerheblich. Entscheidend sei, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen eines bestehenden Werkvertrags Teilleistungen erbringe, die ihrerseits vertraglich nicht als Werk klar abgegrenzt seien. Soweit das SG darauf abstelle, die Klägerin sei eher als Vermittlerin tätig geworden, stehe dem die durch die Klägerin zu erbringende Leistung aufgrund ihres mit dem Endkunden geschlossenen Vertrags entgegen. Dementsprechend liege das Haftungsrisiko auch bei der Klägerin, deren Leistungsverpflichtung sich eben gerade nicht nur in der Vermittlung von Spezialisten erschöpfe. Es sei weiterhin unklar, wie sich die Zusammenarbeit des Beigeladenen zu

1) mit dem Team von vier Mitarbeitern gestaltet habe, auch ob es sich um Mitarbeiter der Klägerin oder des Endkunden gehandelt habe. Die Wahrnehmung einer Vorgesetztenfunktion durch Zuweisung von Aufgaben an Mitarbeiter und Überwachung der Erledigung zeige deutlich eine Eingliederung in Betriebsabläufe. Es erscheine wenig glaubhaft, dass der Beigeladene zu 1) die Tätigkeit zu 90 bis 95% von zu Hause aus erledigt habe. Selbst wenn dies so wäre, käme dem wenig Aussagekraft zu, da heutzutage ca 30% aller Beschäftigten zumindest teilweise im sog Homeoffice arbeiteten. Auch die Rolle des Projektleiters sei nicht vollständig geklärt. Unklar sei auch, wer das Softwareprogramm zur Verteilung dem Beigeladenen zu 1) bereitgestellt habe und welche Vorgaben es von Seiten der Klägerin hinsichtlich der Paketierung gegeben habe.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 23.04.2012 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Das SG sei richtigerweise zu der Überzeugung gelangt, dass das Gesamtbild der Leistung als selbständige Tätigkeit zu bewerten sei. Der Beigeladene zu 1) sei nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen, es habe weder hinsichtlich Arbeitsort oder Arbeitszeit noch in fachlicher Hinsicht ein Weisungsrecht gegeben. Soweit die Beklagte im Wesentlichen darauf abstelle, dass aufgrund der Leistungsbeschreibung die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Beigeladenen zu 1) erforderlich sei, sei dies nicht richtig. Alle Beteiligten wüssten, was zu tun sei. Gerade im Rahmen einer Beratung könne eine Leistungsbeschreibung nicht präziser sein. Die beratende Tätigkeit bestehe gerade darin, dass erst im Laufe der Zeit präzisiert werden könne, was der Mandant/Kunde tun solle, um das Problem zu lösen. Oft stellten sich erst im Laufe der Zeit Probleme, die in die eine oder andere Richtung gelöst werden könnten. Die Beklagte verkenne darüber hinaus, dass nicht nur der Arbeitgeber, sondern auch der Auftraggeber eines Dienstleistungsvertrags mit Anweisungen auf die Erfüllung des Auftrags Einfluss nehmen könne (unter Hinweis auf BSG 27.11.1980, 8 A RU 26/80; BSG 12.02.2004, [B 12 KR 26/02 R](#)). Schließlich würden auch die Besonderheiten der IT-Branche außer Betracht gelassen. Zu berücksichtigen sei, dass es sich um einen Großauftrag gehandelt habe. Gerade auch in der EDV-Branche seien solche komplexen Aufträge branchenspezifisch, was berücksichtigt werden müsse. Auch dürfe die Vertragsrealität nicht verkannt werden. Die Verhältnisse der Klägerin zu ihrer Endkundin und dem Beigeladenen zu 1) seien zivilrechtlicher Natur. Zivilrechtlich sei es nicht notwendig, eine Leistungsbeschreibung bis ins Detail in einen Vertrag schriftlich aufzunehmen. Mündliche Ergänzungen seien in der Regel bei jeden Vertrag möglich. Etwas anderes ergebe sich auch nicht aus den AGB für Subunternehmer, worin es heiße, dass der Auftraggeber schriftlich Änderungen oder Zusatzleistungen verlangen könne und der Auftragnehmer diese, wenn und soweit sie realisierbar seien, nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen vornehmen werde. Damit sei keine fachliche Einmischung verbunden, sondern es werde allenfalls die Zielvereinbarung angepasst (unter Hinweis auf LSG Baden-Württemberg 19.06.2015, [L 4 R 2821/14](#) und 27.02.2015, [L 4 R 3943/13](#)). Zumindest sei den AGB in der Gesamtschau weniger Gewicht beizumessen, so dass die für eine selbstständige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkte überwiegen (unter Hinweis auf Senatsurteil vom 18.05.2015, [L 11 R 4586/12](#)). Im Übrigen habe die Klägerin aufgrund der Spezialkenntnisse des Beigeladenen zu 1) ein Weisungsrecht überhaupt nicht ausüben können. Wie bereits ausgeführt, sei der Key-Account-Manager bzw Resource-Manager für die übergeordneten Belange, insbesondere die Administration verantwortlich. Weisungen habe er nicht erteilt. Ergänzend hat die Klägerin die AGB für Subunternehmer Stand August 2008 vorgelegt.

Der Beigeladene zu 1) hat zu seiner Tätigkeit ausgeführt, er habe einem Team von vier Mitarbeitern bei dem Kunden T. Aufgabenpakete zugewiesen und überwacht, dass diese zeitgerecht abgearbeitet werden. Zu 90 bis 95% habe er die Arbeit von zu Hause erledigt. Dort habe er die Pakete entwickelt und den Input in das System gegeben, auch die Rückläufe habe er so erhalten. Termin vor Ort bei T. seien vereinbart worden und seien zeitlich begrenzt gewesen, etwa bei Anpassungswünschen oder sonstigen Problemen. Weitere Meetings oder Besprechungen habe es nicht gegeben. Der Beigeladene zu 1) habe die Arbeitspakete für die Vorbereitung des "Rollouts" auf verschiedene D. Server in einem IT-Projektmanagement Tool geplant und zugewiesen. Die Auslieferung selbst sei ebenfalls ein geplanter "Task", der ebenfalls als Paket im System von den dortigen T. Mitarbeitern durchgeführt worden sei. Die Klägerin habe an all diesen Vorgängen keinen Anteil gehabt. Keine Software und kein Prozess oder Workflow sei von der Klägerin gewesen, all dies seien die Ideen und Planungen des Beigeladenen zu 1) gewesen. Einen Antrag stellt der Beigeladene zu 1) nicht.

Die übrigen Beigeladenen haben sich im Berufungsverfahren nicht geäußert und keine Anträge gestellt.

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten hat keinen Erfolg.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist statthaft und damit zulässig, in der Sache jedoch nicht begründet. Der Bescheid vom 12.10.2009, abgeändert durch Bescheid vom 11.05.2010 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 05.08.2010 ist rechtswidrig und verletzt die Klägerin in ihren Rechten. Der Beigeladene zu 1) war bei der Klägerin nicht abhängig beschäftigt, weshalb auch für die Zeit nach Bekanntgabe des ersten Bescheids ab 15.10. bis 18.12.2009 keine Versicherungspflicht für die Tätigkeit in der Zeit in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung kommt. Für die Zeit davor besteht schon wegen der Zustimmung des Beigeladenen zu 1) zum späteren Beginn nach [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) und der bestehenden anderweitigen sozialen Absicherung keine Versicherungspflicht. Auf den Zeitraum 15.10. bis 18.12.2009 hatte auch die Beklagte ihre Revision beschränkt.

Der Beigeladene zu 1) war im streitigen Zeitraum in seiner Tätigkeit für die Klägerin nicht versicherungspflichtig in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung, er war nicht abhängig beschäftigt, sondern selbstständig tätig.

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) in der hier anzuwendenden, seit 01.01.2009 geltenden Fassung des [Art 1 Nr 1](#) des 2. SGB IV ÄndG vom 21.12.2008 ([BGBl I 2933](#)) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs 2 SGB IV](#)). 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). Abs 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 ([BGBl 2000 I, Seite 2](#)) eingeführten Antragsverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucks 14/1855, Seite 6](#)).

Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung hat der Beigeladene zu 1) am 17.03.2009 gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterlagen im Streitgegenständlichen Zeitraum in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 5 Abs 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch \(SGB V\)](#), [§ 20 Abs 1 Satz 2 Nr 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch](#), [§ 1 Satz 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch](#), [§ 25 Abs 1 Sozialgesetzbuch Drittes Buch](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) in der ab 01.01.1999 geltenden Fassung. Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

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 er 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 selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Ausgangspunkt für die Beurteilung ist demnach zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt (Senatsurteil vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (zum Ganzen BSG 29.08.2012, B [12 R 25/10 R](#), [BSGE 111, 257](#) mwN).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen "Etikettenschwindel" handelt, der uU als Scheingeschäft iS des [§ 117 BGB](#) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 25).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat unter Abwägung aller Umstände zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1) im Jahr 2009 bei der Klägerin keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat und daher keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat.

Eine unerlaubte Arbeitnehmerüberlassung mit der Folge, dass ein Vertrag zwischen dem Beigeladenen zu 1) und dem Entleiher zustande gekommen wäre, kommt schon deshalb nicht in Betracht, weil die Klägerin über eine Erlaubnis nach dem AÜG verfügt. Im Übrigen läge Arbeitnehmerüberlassung nur vor, wenn sich die Verpflichtung der Klägerin gegenüber ihrem Kunden in der Zurverfügungstellung des Beigeladenen zu 1) erschöpfte (BAG 09.11.2004, [7 AZR 217/94](#), juris). Die vertraglichen Vereinbarungen zwischen der Klägerin und dem Kunden sind dem Senat nicht bekannt, da die entsprechenden Verträge nicht vorgelegt werden. Der zwischen dem Kläger und dem Beigeladenen zu 1) geschlossene Vertrag spricht gerade nicht für Arbeitnehmerüberlassung, denn der Beigeladene zu 1) war danach selbstständig tätig (dazu im Folgenden).

Die Klägerin führte bei ihrer Kundin T. ein Projekt durch, in dessen Rahmen der Beigeladene zu 1) für die Klägerin bei der Kundin tätig war. Seine Tätigkeit umfasste im Projekt "M. Pos SDE/Infrastruktur/Umgebungsplanung" Beratungs- und Dienstleistungen, wobei das Leistungsverzeichnis in elf Unterpunkte untergliedert war. Eine derartige Tätigkeit ist nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern grundsätzlich auch als freier Mitarbeiter (Dienstvertrag) möglich. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, [5 AZR 405/01](#), juris). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für die Klägerin.

Im konkreten Fall lässt sich eine Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in die Arbeitsorganisation der Klägerin und eine Weisungsabhängigkeit zur Überzeugung des Senats nicht feststellen. Eine Zusammenarbeit mit Mitarbeitern der Klägerin fand nicht statt. Im Rahmen des Einsatzes beim Kunden war die Aufgabe des Klägers, für das Roll-out-Projekt Arbeitspakete zu entwickeln und in das System

einzustellen, die dann von vier Mitarbeitern des Kunden T. bearbeitet wurden. Die ordnungsgemäße und zeitgerechte Erledigung der Aufgaben wurde vom Beigeladenen zu 1) überwacht. Von den Arbeitsabläufen her gab der Beigeladene zu 1) die entsprechenden Maßgaben vor, wie es seiner planerischen Aufgabe entsprach. Insoweit agierte er weitgehend autark. Insbesondere gab es keinerlei Vorgaben, wie die Paketierung zu erfolgen habe, dies war gerade die vom Beigeladenen zu 1) geforderte Leistung. Hierfür wurden auch keinerlei sonstigen Prozesse von der Klägerin vorgegeben, auch keinerlei Software. Der Senat stützt sich insoweit auf die glaubhaften und überzeugenden Angaben des Beigeladenen zu 1).

Der Beigeladene zu 1) war auch hinsichtlich der Zeit und des Ortes der Leistungserbringung im Wesentlichen frei. Nach dem geschlossenen Vertrag (Ziffer 1 Buchst b) war der vereinbarte Stundensatz ausdrücklich unabhängig davon, an welchen Tagen, zu welcher Tageszeit, in welchem Umfang und an welchem Ort die Arbeiten durchgeführt werden. Entsprechend seiner glaubhaften Angaben im Erörterungstermin am 06.12.2016 übte der Beigeladene zu 1) die Tätigkeit ganz überwiegend (zu 90 bis 95%) von zu Hause aus dem eigenen Büro aus. Dies war ohne weiteres möglich, weil er über ein von T. zur Verfügung gestelltes Notebook über eine gesicherte Verbindung jederzeit im System des Kunden arbeiten konnte. Wie der Beigeladene zu 1) weiter glaubhaft und nachvollziehbar ausgeführt hat, wurden erforderliche Besprechungen beim Kunden vereinbart, nicht einseitig angewiesen. Diese vor Ort Termine kamen nach den Angaben des Beigeladenen zu 1) im gesamten Zeitraum etwa vier Mal vor. Es bestand keinerlei Verpflichtung, an sonstigen Meetings oder Besprechungen teilzunehmen, dies erfolgte auch nicht. Auch in zeitlicher Hinsicht bestand kein Weisungsrecht. Eine solche ist nur gegeben, wenn ständige Dienstbereitschaft erwartet wird oder der Mitarbeiter auch ohne entsprechende Vereinbarung in nicht unerheblichem Umfang herangezogen wird, ihm die Arbeitszeiten letztlich zugewiesen werden (vgl. Senatsurteil vom 21.10.2014, [L 11 R 4761/13](#), juris). Fehlende Weisungen hinsichtlich Ort und Zeit der Ausübung der Tätigkeit sind starke Indizien für eine selbstständige Tätigkeit.

Auch in fachlicher Hinsicht bestand kein Weisungsrecht, denn die vereinbarte Beratungs- und Dienstleistung beruhte gerade auf den Spezialkenntnissen des Beigeladenen zu 1), der die sich stellenden Probleme ohne weitere (der Klägerin auch gar nicht mögliche) Vorgaben lösen sollte. Für eine durch umfangreiche Spezialkenntnisse bedingte Unabhängigkeit des Beigeladenen zu 1) spricht auch der relativ hohe Stundensatz von 73,00 EUR. Eine faktische, durch die Arbeitsabläufe im Projekt entstehende Abhängigkeit lag im konkreten Fall des Beigeladenen zu 1) nach dessen umfangreichen, glaubhaften und plausiblen Angaben nicht vor. Insoweit ergibt sich nichts anderes aus der Rechtsprechung des BSG zur Verfeinerung des Weisungsrechts bei Diensten höherer Art (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 8/01 R](#), juris), denn jede Verfeinerung ist nicht ad infinitum möglich, ohne dass sich das maßgebliche juristische Kriterium auflöst (vgl. LSG Baden-Württemberg 27.02.2015, [L 4 R 3943/13](#), juris). Auf eine Weisungsabhängigkeit als Merkmal abhängiger Beschäftigung kann daher nicht vollständig verzichtet werden.

Soweit die Beklagte die Rolle des Key-Account-Managers bzw. Resort-Managers bei der Klägerin, teilweise auch Projektleiter genannt, anspricht, lässt sich eine Weisungsbefugnis dieser Person gegenüber dem Beigeladenen zu 1) zur Überzeugung des Senats nicht feststellen. Welche Aufgaben mit dieser Position im Rahmen des Gesamtprojekts aufgrund der vertraglichen Beziehungen zwischen der Klägerin und T. verknüpft sind, spielt für das vorliegende Verfahren keine Rolle. Maßgeblich für die Beurteilung ist allein das vertragliche Verhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1). Wie der Prokurist W. im Erörterungstermin am 06.12.2016 ausgeführt hat, hat der Key-Account-Manager in regelmäßigen Abständen bei T. nachgefragt, ob mit dem Projekt alles in Ordnung sei. Die damit verbundene Kontrolle der Arbeit des Beigeladenen zu 1) entspricht jedoch nicht einer Weisungsabhängigkeit. Die so durchgeführte Leistungskontrolle erfolgt nach Erbringung von (Teil-)Leistungen entsprechend einer werkvertraglichen Leistungskontrolle. Vor diesem Hintergrund sieht der Senat im vorliegenden Fall auch im Ausfüllen der Leistungsnachweise, die vom Kunden abzuzeichnen waren (Ziffer 1 Buchst g und Ziffer 3 Buchst b des Vertrags), kein Indiz für eine abhängige Beschäftigung, sondern eine bei Dienstleistern übliche Vorgehensweise.

Die vertraglich eingeräumte Möglichkeit, sich zur Erfüllung seiner Aufgaben anderer Personen zu bedienen, spricht im konkreten Fall weder für noch gegen die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit. Die Befugnis zur Delegation allein ist kein entscheidendes Kriterium, weil sie nichts darüber aussagt, inwieweit von ihr Gebrauch gemacht wird und überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte (BSG 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris). Tatsächlich hat der Beigeladene zu 1) keine anderen Personen eingesetzt; es kann daher auch offenbleiben, inwieweit der Einsatz Dritter beim Kunden schon aus Sicherheitsgründen überhaupt möglich gewesen wäre.

Ebenfalls kein Indiz ist, dass in der vertraglichen Vereinbarung keine Arbeitnehmerschutzrechte wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder Urlaubsansprüche geregelt sind. Denn solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine selbstständige freie Mitarbeit wollten. Ebenso ist der Gedanke der (hier fehlenden) Schutzbedürftigkeit des in Betracht kommenden Personenkreises kein Merkmal dafür, ob es sich um eine abhängige Beschäftigung oder selbstständige Tätigkeit handelt (BSG 24.10.1978, [12 RK 58/76](#), [SozR 2200 § 1227 Nr 19](#)).

Ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit ist das mit dem Einsatz eigenen Kapitals verbundene Unternehmerrisiko. 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 (BSG 12.12.1990, 11 RaR 73/90, juris; BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Der Beigeladene zu 1) hat mit der Unterhaltung eines Home-Office mit entsprechender Ausstattung teilweise eigene Betriebsmittel eingesetzt. Daneben investiert er nach seinen glaubhaften Angaben in die eigene Fortbildung und entsprechende Zertifizierungen und unterhält eine eigene Webseite sowie Profile auf verschiedenen Portalen. Ob sich diese Investitionen amortisieren, hängt davon ab, ob der Beigeladene zu 1) ausreichend Aufträge akquirieren kann. Ein gewisses Unternehmerrisiko ist insoweit zu erkennen, insbesondere vor dem Hintergrund, dass es sich um eine betriebsmittelarme Dienstleistungsbranche handelt. Angesichts dessen, dass der Beigeladene zu 1) im konkreten Auftragsverhältnis nicht das Risiko zu tragen hatte, ob der Einsatz seiner Arbeitskraft überhaupt mit einem Entgelt entlohnt wird, da eine Vergütung mit festem Stundenlohn nach geleisteten Arbeitsstunden erfolgte, bestand nur ein geringes Unternehmerrisiko. Allerdings spricht die Vereinbarung eines festen Stundenhonorars nicht zwingend für abhängige Beschäftigung. Denn wenn es - wie vorliegend - um reine Dienstleistungen geht, ist anders als bei der Erstellung zB eines materiellen Produkts ein erfolgsabhängiges Entgelt aufgrund der Eigenheiten der zu erbringenden Leistung nicht zu erwarten (BSG 31.03.2017, [B 12 R 7/15 R](#), juris).

Für eine abhängige Beschäftigung sprechen vorliegend allerdings die AGB für Subunternehmer, die nach Ziffer 6 Buchst d des Vertrags zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) ergänzend gelten. Nr 2.2 der AGB lautet: "Die von S. vorgegebenen Leistungswünsche, - Merkmale und - Ziele entbinden den Auftragnehmer nicht von seiner Verantwortung für eine technisch einwandfreie und wirtschaftliche

Lösung." In Nr 2.3 der AGB ist geregelt: "Sofern beim Erbringen der vertraglichen Leistung noch Veränderungen beim Leistungsinhalt und -umfang notwendig erscheinen, wird der Auftragnehmer S. hiervon unverzüglich unterrichten und die Entscheidung einholen, ob der Auftrag in geänderter Form weitergeführt werden soll. Zusatz- oder Änderungsleistungen, die ohne vorherige Zustimmung von S. erbracht werden, begründen keinen Vergütungsanspruch. S. kann schriftlich Änderungen oder Zusatzleistungen verlangen. Der Arbeitnehmer wird diese, wenn und soweit sie realisierbar sind, nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen vornehmen." Mit diesen Regelungen hat sich die Klägerin das Recht gesichert, einen bestimmenden Einfluss auf den Inhalt der geschuldeten Dienstleistung und ihre Ausführung zu nehmen (so bereits Senatsurteil vom 14.02.2012, [L 11 KR 3007/11](#), juris - ebenfalls die Klägerin betreffend; aA LSG Baden-Württemberg 27.02.2015, [L 4 R 3943/13](#), juris).

Für selbstständige Tätigkeit wiederum spricht als weiteres Indiz die Höhe der Vergütung von 73,00 EUR pro Stunde. Liegt das vereinbarte Honorar wie hier deutlich über dem Arbeitsentgelt eines vergleichbar eingesetzten sozialversicherungspflichtig Beschäftigten und lässt es dadurch Eigenvorsorge zu, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine selbstständige Tätigkeit (BSG 31.03.2017, [B 12 R 7/15 R](#), juris).

Im Rahmen der Gesamtabwägung sieht der Senat hier allerdings als entscheidend die fehlende Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in betriebliche Abläufe und damit die fehlende Weisungsgebundenheit, wie sie sich auf der Basis der individualvertraglichen Regelungen darstellt. Angesichts dieses Gesamtbildes unter Berücksichtigung der Höhe des gezahlten Honorars ist den Regelungen in den AGB als für eine abhängige Beschäftigung sprechendes Indiz weniger Gewicht beizumessen (vgl Senatsurteil vom 18.05.2015, [L 11 R 4586/12](#), juris). Insgesamt überwiegen die Gesichtspunkte, die für eine selbstständige Tätigkeit sprechen.

Das SG hat die angefochtenen Bescheide nach alledem zu Recht aufgehoben, sodass die Berufung der Beklagten zurückzuweisen war.

Der Sachverhalt ist damit aufgeklärt, weiterer Beweiserhebungen bedurfte es nicht. Die von der Beklagten angeforderten AGB für Subunternehmer hat der Senat über die Klägerin beigezogen. Die Frage, ob sich daraus ein umfassendes Weisungsrecht ergibt, ist keine tatsächliche, der Beweiserhebung zugängliche Frage, sondern eine rechtliche Wertung. Diese hat der Senat vorgenommen. Eine Vernehmung des Prokuristen der Klägerin W. als Zeuge ist nicht erforderlich, da die von der Beklagten angesprochenen Punkte, soweit sie für die Beurteilung des Falles überhaupt entscheidungserheblich sind, bereits geklärt sind durch die nachgereichten schriftlichen Angaben des Beigeladenen zu 1) sowie die Ausführungen des Herrn W. im Erörterungstermin am 06.12.2016.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen sind nicht zu erstatten, denn diese haben keine Anträge gestellt und damit auch kein Prozessrisiko auf sich genommen ([§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 154 Abs 3](#), [162 Abs 3 VwGO](#)).

Gründe für die Zulassung der Revision ([§ 160 Abs 2 Nrn 1 und 2 SGG](#)) liegen nicht vor.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) iVm [§§ 63 Abs 2 Satz 1](#), [52 Abs 2](#), [47](#) Gerichtskostengesetz. Die Höhe des Streitwerts entspricht dem Regelstreitwert von 5.000,00 EUR, da bislang lediglich über das Bestehen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und die hieraus folgende Sozialversicherungspflicht entschieden wurde, aber noch keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge festgesetzt wurden.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2018-02-22