

L 4 R 2199/16

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
4
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 6 R 6829/13
Datum
31.03.2016
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 4 R 2199/16
Datum
20.04.2018
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Die Berufung der Klägerin gegen das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 31. März 2016 wird zurückgewiesen.

Die Klägerin trägt auch die Kosten des Berufungsverfahrens, mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten des Beigeladenen.

Der Streitwert für das Berufungsverfahren wird endgültig auf EUR 5.000,00 festgesetzt.

Tatbestand:

Streitig ist der sozialversicherungsrechtliche Status des Beigeladenen in seiner Tätigkeit als Kaufhausdetektiv für die Klägerin in der Zeit vom 15. Juli 2012 bis 31. August 2013.

Die Klägerin betreibt in der Rechtsform einer GmbH ein Detektiv- und Sicherheitsbüro in S ... Der am 1980 geborene Beigeladene verfügte im streitgegenständlichen Zeitraum über eine Gewerbeerlaubnis nach [§ 34a Gewerbeordnung \(GewO\)](#) und hatte ein Bewachungsgewerbe angemeldet. Er beschäftigte einen Mitarbeiter auf geringfügiger Basis. Er war für einen weiteren Sicherheitsdienstleister und einen Drogeriemarkt im Auftragsverhältnis tätig.

Zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen bestand ein ab dem 15. Juli 2012 gültiger, schriftlicher Vertrag folgenden Inhalts, in welchem die Klägerin als Auftraggeber und der Beigeladene als Auftragnehmer bezeichnet wurden:

§ 1 Der Auftragnehmer führt als freier Subunternehmer für den Auftraggeber verschiedene - im Einzelfall zu vereinbarende - Überwachungsaufträge durch. Hierzu nennt der Auftragnehmer dem Auftraggeber vorab (monatlich/wöchentlich) die mögliche Einsatzzeit/Einsatztage an denen eine Beauftragung erfolgen kann. Erstreckt sich diese Beauftragung auf den Bereich Kaufhausdetektiv so sind folgende Leistungsbedingungen zwingend erforderlich: Der Auftragnehmer verpflichtet sich Informationen und Beweismaterial in einer rechtlich verwendbaren Qualität zu liefern. Der Auftragnehmer ist über die Vorgehensweisen / Orga-Anweisungen der einzelnen Handelsunternehmen informiert und führt seine Tätigkeit anhand dieser Vorgaben durch.

§ 2 Die Einsatzorte und -zeiten werden jeweils durch Einzelaufträge des Auftraggebers dem Auftragnehmer mitgeteilt. Der Auftragnehmer führt seinen Auftrag während der Öffnungszeiten der einzelnen Handelsunternehmen durch. Über die Länge und den Zeitraum entscheidet er selbst. Sollten von unseren Kunden Stundenvorgaben bestehen, oder bestimmte Einsatzzeiten vorgegeben werden, so steht es dem Auftragnehmer frei diesen Auftrag abzulehnen. Bei einer Annahme des Einzelauftrags unter diesen Vorgaben ist dieser jedoch genau danach durchzuführen.

§ 3 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, für den Fall, dass er einen an ihn vergebenen Auftrag nicht erfüllen kann, dies unverzüglich - spätestens jedoch zwei Werktagen vor Einsatzbeginn - dem Auftraggeber mitzuteilen. Im Krankheitsfall hat eine entsprechende Mitteilung ohne Verzögerung zu erfolgen, sobald absehbar ist, dass ein Auftrag nicht erfüllt werden kann oder abgebrochen werden muss. Wird diese Frist versäumt und der Auftrag nicht ausgeführt, so ist der Auftraggeber berechtigt, diesen Auftrag durch Dritte ausführen zu lassen. Anfallende Mehrkosten werden dann dem Auftragnehmer berechnet. In jedem Fall ist der Auftraggeber aber berechtigt, dem Auftragnehmer den entgangenen Deckungsbeitrag (Differenz zwischen Vergütung Auftraggeber und Vergütung Auftragnehmer) für den Einsatz in Rechnung zu stellen.

§ 4 Der Auftragnehmer erhält vom Auftraggeber eine Vergütung in Höhe von EUR 13,90 pro Stunde, zuzüglich der gesetzlichen

Umsatzsteuer.

§ 5 Der Auftragnehmer stellt nach dem Abschluss eines Einzelauftrages eine Rechnung. Grundlage für die Bezahlung der Rechnung ist eine genaue Auflistung der tatsächlich gearbeiteten Stunden, die von den Geschäftsführern der betreuten Häuser unterschrieben sein muss. Die Bezahlung erfolgt nach Überprüfung der Tätigkeitsnachweise.

§ 6 Neben dem vereinbarten Stundenhonorar werden weitere Aufwendungen oder Beträge nicht gezahlt, es sei denn, dies wird gesondert vereinbart. Ansprüche auf Urlaubsgeld oder Vergütungsfortzahlung im Krankheitsfall bestehen nicht.

§7.1 Der freie Mitarbeiter versichert durch seine Unterschrift, dass ihm die behördliche Erlaubnis nach § 34a GewO für die Ausübung des Bewachungsgewerbes wirksam erteilt ist. Eine Kopie der Gewerbeanmeldung ist dem Auftraggeber unverzüglich vorzulegen. Dem Auftraggeber ist es nicht gestattet, zur Durchführung eines Auftrags selbstständig einen Freien Mitarbeiter, Selbstständigen oder Subunternehmer einzusetzen. Für die Einsätze von dieser Art von Einsatzkräften muss der Auftraggeber vorher schriftlich in Kenntnis gesetzt werden. Diese Auftragsweitergabe kann vom Auftraggeber jederzeit ohne Begründung abgelehnt werden. Nicht genehmigte Einsätze der oben aufgeführten Personen werden nicht bezahlt.

§7.2 Sollte der Auftragnehmer in irgendeiner Art und Weise mit einem Angestellten oder einem anderen Selbstständigen Auftragnehmer in zivilrechtliche, arbeitsrechtliche oder strafrechtliche Konflikte geraten, muss er den Auftraggeber sofort mündlich Bescheid geben und diesen spätestens zwei Tage danach schriftlich über den Vorgang informieren. Dabei geht es nur um Konflikte, welche in irgendeinem Zusammenhang zum Auftraggeber bzw. den für den Auftraggeber ausgeführten Aufträgen stehen.

§7.3 Beschäftigt der freie Mitarbeiter eigene Mitarbeiter im Anstellungsverhältnis, so können diese in unserem Auftrag zum Einsatz kommen, wenn folgende Bedingungen erfüllt sind: Der Angestellte Ma. verfügt über [ein] einwandfreies Führungszeugnis und ist im Besitz aller behördlichen Erlaubnisse - insbesondere Prüfung nach § 34 a. Die Unterlagen liegen dem Auftraggeber im Original vor. Der Angestellte ist über den Auftragnehmer für seine Tätigkeit in vollem Umfang versichert. Ein Nachweis der tatsächlichen Bezahlung dieser Versicherung ist dem Auftragnehmer vorzulegen. Der Angestellte erhält vom Auftraggeber mindestens den zum Vertragszeitpunkt gültigen gesetzlichen Mindestlohn, sowie die vorgeschriebenen Urlaubstage. Der Arbeitsvertrag ist dem Auftraggeber vorzulegen. Eine Kopie der Lohnabrechnung ist dem Auftraggeber ebenfalls vorzulegen. Sollten einzelne Handelsunternehmen eine Beschäftigung von einem höheren Mindestlohn abhängig machen, so ist das Gehalt des Angestellten entsprechend nach oben zu ändern. Ein Nachweis der Änderung im Arbeitsvertrag ist dem Auftraggeber vorzulegen. Der Auftragnehmer berechtigt den Auftraggeber diese Unterlagen jederzeit während des andauernden Vertrags zu überprüfen. Nur unter Berücksichtigung aller oben aufgeführten Punkte ist es dem Auftraggeber gestattet eigene Angestellte in unserem Auftrag zum Einsatz zu bringen.

§ 8 Der Auftragnehmer erhält für sich und seine von ihm eingesetzten Mitarbeiter vom Auftraggeber je einen Dienstausweis. Diese dürfen ausschließlich Verwendung finden in Ausübung der vom Auftraggeber angewiesenen Tätigkeit.

§ 9 Die Dienstausweise sind dem Auftraggeber auf Verlangen unverzüglich zurückzugeben.

§ 10 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, die ihm von dem Auftraggeber zugewiesenen Aufträge korrekt und gewissenhaft auszuführen. Benutzt der Auftraggeber zur Durchführung seiner Tätigkeit technische Hilfsmittel des Auftraggebers, so stellt dieser sicher, dass diese wie eigene Betriebsmittel sorgsam verwendet werden. Für Schäden die durch unsachgemäße Bedienung entstehen haftet der Auftragnehmer. Die Datenschutz Bestimmungen der einzelnen Unternehmen sind in jedem Falle einzuhalten.

§ 11 Der freie Mitarbeiter verpflichtet sich weiterhin, mit den Kunden/Auftraggebern der [Klägerin] keine Bewachungsaufträge in eigenem Namen abzuschließen, es sei denn, er erhält hierzu vorab eine schriftliche Genehmigung von der [Klägerin].

§ 12 Im Falle der Verletzung dieses vertraglichen Wettbewerbsverbots ist der Auftraggeber berechtigt, Schadensersatzansprüche geltend zu machen in Höhe von 20 % des jährlichen Nettoauftragswertes.

§ 13 Der Rahmenvertrag beginnt am 15.07.2012. Bisher bestehende Verträge verlieren damit ihre Gültigkeit. Eine Kündigung des Vertrages ist jeweils zulässig bis zum 15. eines Monats für das Ende des laufenden Monats. Während der ersten 3 Monate der Vertragslaufzeit gilt eine Kündigungsfrist von 14 Tagen. Die Möglichkeit einer außerordentlichen Kündigung aus wichtigem Grund bleibt hiervon unberührt.

§ 14 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, über alle ihm während seiner Tätigkeit für den Auftraggeber bekannt gewordenen Geschäfts- und Betriebsgeheimnisse während und nach Beendigung des Vertragsverhältnisses Stillschweigen zu bewahren.

§ 15 Die vom Auftraggeber ausgegebenen Unterlagen sind Eigentum der Detektei und dürfen an Dritte nicht ausgehändigt werden, oder diesen zugänglich gemacht werden.

§ 16 Der Auftragnehmer verpflichtet sich, bei der Ausübung seines Auftrages keine Waffen zu tragen und zu gebrauchen. ()

§ 18 Weitere Vereinbarungen bestehen nicht. Änderungen oder Ergänzungen des Vertrags bedürfen der Schriftform. ()

Seit Januar 2012 erbrachte er Sicherheitsdienstleistungen im Auftrag der Klägerin. Im streitgegenständlichen Zeitraum waren dies fast ausschließlich Einsätze als Kaufhausdetektiv. Er stellte der Klägerin in Rechnung im Jahr 2012 Beträge im Umfang von insgesamt EUR 31.714,08 (netto), wöchentlich auf der Grundlage der von ihm geleisteten Stunden zum vereinbarten Stundensatz zzgl. Mehrwertsteuer, im Zeitraum von Juli 2012 bis Dezember 2012 insgesamt 973,25 geleistete Stunden (durchschnittlich 37,43 Stunden pro Woche). Von Januar bis August 2013 rechnete der Beigeladene insgesamt EUR 23.039,96 (netto) ab. Der Beigeladene kündigte das Vertragsverhältnis mit der Klägerin zum 31. August 2013.

Am 15. Januar 2013 beantragten die Klägerin und der Beigeladene die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status der Tätigkeit

des Beigeladenen nach [§ 7a Abs. 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Beide beantragten, dass eine Beschäftigung nicht vorliegt. Auf Befragung der Beklagten gaben sie an, der Beigeladene gebe seine freien Einsatztage durch. Je nach Bedarf erhalte er dann für diese Tage einen Auftrag. Er könne den Arbeitsbeginn und das Arbeitsende selbständig bestimmen. Der Arbeitsort variere je nach Einsatzobjekt. Arbeitsmittel benötige der Beigeladene für seine Tätigkeit nicht. Der Beigeladene führe seine Tätigkeit meistens persönlich aus, Teilszeitkräfte seien geplant bzw. bereits vorhanden. Der Beigeladene erhalte keine fachlichen Weisungen. An allgemeinen Schulungen nehme er gelegentlich teil. Er habe das fachliche Letztentscheidungsrecht. Eine Kontrolle finde nur in Bezug auf die Anwesenheitsprotokolle statt. Bei Verhinderung könne der Beigeladene eine Ersatzkraft einsetzen, wenn diese über die erforderliche behördliche Genehmigung verfüge. In den Einsatzobjekten arbeite der Beigeladene nicht mit Mitarbeitern der Klägerin zusammen, sondern immer alleine. Gegenüber den Kunden der Klägerin trete der Beigeladene als selbständiger Detektiv im Auftrag der Klägerin auf.

Im Rahmen der Anhörung gab die Klägerin ergänzend an, der Arbeitsort werde nicht durch sie vorgegeben, sondern ergebe sich zwingend aus der örtlichen Lage des Einsatzobjektes. In ihren Räumlichkeiten arbeite der Beigeladene nicht. Es bestünde keinerlei Verbindung zu ihren Betriebsräumen. Auch die Bindung an die Öffnungszeiten des Ladengeschäftes werde nicht vorgegeben, sondern sei denklige Voraussetzung der Tätigkeit. Innerhalb der Öffnungszeiten sei der Beigeladene in der Gestaltung seiner Arbeitszeit frei. Auch der Arbeitsumfang an den einzelnen Einsatztagen könne frei bestimmt werden. Der Beigeladene sei auch in der Gestaltung seiner Tätigkeit frei. Er erhalte keinerlei Weisungen von ihr. Es sei typisch für das Bewachungsgewerbe, dass zur Ausübung der Tätigkeit kein nennenswertes Kapital eingesetzt werden müsse. Die Betriebsmittel, wie Mobiltelefon und Fahrzeug, würden vom Beigeladenen gestellt. Die in den Ladengeschäften vorhandenen Überwachungsanlagen könne der Beigeladene benutzen. Der Beigeladene sei nur in Bezug auf die für die Abrechnung erforderlichen Angaben dokumentationspflichtig. Ansonsten finde keinerlei Kontrolle statt. Er sei nicht persönlich leistungspflichtig. Ihre Vorgaben in Bezug auf Ersatzkräfte beschränkten sich auf die Einhaltung der gesetzlichen Bestimmungen. Der Dienstaussweis, den der Beigeladene von ihr erhalten habe, sei gesetzlich vorgeschrieben. Im Verhinderungsfall müsse der Beigeladene nicht für eine Vertretung sorgen. Er erhalte keine Entgeltfortzahlung. Die Vereinbarung eines Stundenlohns sei in der Branche üblich. Der Beigeladene äußerte sich im Rahmen der Anhörung in gleicher Weise.

Mit Bescheiden vom 19. Juli 2013 stellte die Beklagte fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen im Bereich des Detektiv- und Sicherheitsdienstes bei der Klägerin seit dem 15. Juli 2012 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Es bestünde seit dem 15. Juli 2012 Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung. Nach Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis (Vorgabe des Tätigkeitsortes, zeitlicher Rahmen für die Tätigkeit, kein nennenswerter Kapitaleinsatz, Dokumentationspflicht auf Anwesenheitsbögen, Vorgaben hinsichtlich der Vertretungskraft, Dienstaussweis, Informationspflicht im Falle der Verhinderung, feste Stundenvergütung) gegenüber den Merkmalen für eine selbständige Tätigkeit (keine Kontrolle, eigenes Büro, keine Zusammenarbeit mit Mitarbeitern der Klägerin, weitere Auftraggeber, Ablehnung von Einzelaufträgen möglich). Der Beigeladene sei zwar nicht am Betriebsitz der Klägerin tätig. Jedoch erfolge eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation eines Dritten. Das Weisungsrecht der Klägerin in Bezug auf Ort, Zeit und Art und Weise der Tätigkeit ergebe sich aus dem erteilten Auftrag. Der Kunde der Klägerin könne die Ausführung der Tätigkeit konkretisieren. Hierbei sei unerheblich, ob der Klägerin regelmäßig vor Ort von ihrem Weisungsrecht Gebrauch mache. Der Beigeladene sei zwar nicht verpflichtet, die Leistungen persönlich zu erbringen. Tatsächlich sei die persönliche Leistungserbringung aber die Regel. Aufgrund des festen Stundenlohns trage der Beigeladene kein Unternehmerrisiko. Der wirtschaftliche Aufwand für die vom Beigeladenen eingesetzten Betriebsmittel sei nicht so hoch, dass damit ein erhebliches wirtschaftliches Risiko verbunden sei. Kein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sei die Tatsache, dass Aufträge abgelehnt werden könnten. Bei Auftragsannahme unterliege der Beigeladene dem Weisungsrecht der Klägerin. Durch den Dienstaussweis trete der Beigeladene gegenüber Außenstehenden als Mitarbeiter des Auftraggebers auf. Das spreche für eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin. Der Umstand, dass der Beigeladene für mehrere Auftraggeber tätig sei, schließe die Annahme einer abhängigen Beschäftigung nicht aus.

Hiergegen legte die Klägerin am 5. August 2013 Widerspruch ein und verwies zur Begründung auf ihren Vortrag im Anhörungsverfahren.

Mit Widerspruchsbescheid vom 8. November 2013 wies die Widerspruchsstelle der Beklagten den Widerspruch zurück. Im Bescheid vom 19. Juli 2013 sei eine eingehende Prüfung des Vertragsverhältnisses erfolgt.

Am 4. Dezember 2013 erhob die Klägerin beim Sozialgericht (SG) Stuttgart Klage und verwies zur Begründung auf ihren Vortrag im Anhörungsverfahren.

Die Beklagte trat der Klage unter Verweis auf den Bescheid vom 19. Juli 2013 entgegen.

Das SG hörte in der mündlichen Verhandlung den Geschäftsführer der Klägerin und den durch Beschluss des SG vom 12. März 2014 Beigeladenen an. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen.

Am 25. Februar 2016 erließ die Deutsche Rentenversicherung (DRV) Baden-Württemberg einen Bescheid über eine vom 23. Juli 2014 bis 26. Januar 2015 durchgeführte Betriebsprüfung bei der Klägerin mit Prüfzeitraum vom 1. Januar 2008 bis 31. Dezember 2013. Es wurde eine Nachforderung von Gesamtsozialversicherungsbeiträgen in Höhe von EUR 26.984,22 festgesetzt. Zur Begründung wurde angegeben, die stichprobenhaft durchgeführte, turnusmäßige Prüfung habe ergeben, dass die Klägerin diverse Kaufhausdetektive auf Honorarbasis beschäftige, obwohl nach Gesamtwürdigung aller für die Beurteilung erheblicher Tatsachen von abhängigen Beschäftigungsverhältnissen auszugehen sei. Die Festsetzung ergehe als Summenbeitragsbescheid ohne namentliche Benennung der einzelnen Arbeitnehmer, weil die einzelnen Arbeitnehmer nicht eindeutig zu ermitteln gewesen seien. Der Bescheid ist bestandskräftig.

Mit Urteil vom 31. März 2016 wies das SG die Klage ab und führte zur Begründung aus, der angefochtene Bescheid vom 19. Juli 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. November 2013 sei für den streitigen Zeitraum vom 15. Juli 2012 bis 31. August 2013 rechtmäßig und verletze die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte habe zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene in dem genannten Zeitraum bei der Klägerin versicherungspflichtig beschäftigt gewesen sei. In der Zusammenschau aller Aspekte überwiegen die Einzelaspekte, die für eine abhängige Beschäftigung sprächen. Schon der Umfang der Tätigkeit (durchschnittlich über 40 Wochenstunden in der Zeit von Juli bis Dezember 2012) spreche für eine abhängige Beschäftigung. Ausweislich der vorgelegten Steuerunterlagen sei auch ersichtlich, dass die Tätigkeit bei den anderen Auftraggebern des Beigeladenen eine mehr als nur untergeordnete Rolle gespielt habe. Auch

der geringe Stundenlohn spreche gegen eine Selbständigkeit. Für eine abhängige Beschäftigung spreche ferner der Dienstaussweis. Dass dieser nur von Gesetzes wegen zu tragen sei, ändere daran nichts. Denn damit erscheine der Beigeladene nicht als Selbständiger, sondern als dem Unternehmen der Klägerin zugehörig. Daneben habe der Beigeladene ein nur sehr geringes Unternehmerrisiko zu tragen. Er setze hauptsächlich nur seine Arbeitskraft und keine wesentlichen Arbeitsmittel ein. Eine größere Gestaltungsfreiheit im Vergleich zu den übrigen Angestellten der Klägerin sei nicht erkennbar. Der Beigeladene habe auch keine Kunden akquirieren und betreuen müssen. Die Gefahr des Brachliegens betrieblicher Investitionen habe beim Beigeladenen nicht bestanden. Die vom Beigeladenen angeschaffte Kamera habe mit EUR 102,53 einen geringen Wert und sei für die Tätigkeit bei der Klägerin auch nicht benötigt worden. Die Möglichkeit Aufträge abzulehnen, sei grundsätzlich ein Indiz für das Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit. Auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungen seien solche Vertragsgestaltungen denkbar, etwa in Abrufl- oder Aushilfsbeschäftigungsverhältnissen. Wenn der Beigeladene den Auftrag angenommen habe, habe er auftragsgemäß handeln müssen. Ferner spreche für eine abhängige Beschäftigung im besonderen Maße, dass dem Beigeladenen von der Klägerin angeboten worden sei, im Angestelltenverhältnis tätig zu werden. Die Klägerin habe damit gezeigt, dass sie die Tätigkeit ebenfalls rechtlich als Beschäftigung einordne. Weiterhin von Bedeutung sei, dass der Beigeladene nicht selbst Kontakt zu den Kaufhäusern aufgenommen habe, sondern die Klägerin allein die Akquirierung von Aufträgen übernommen habe. Der Wettbewerbskampf am Markt sei typisches Risiko der Selbständigen. Entgegen der Ansicht der Beklagten falle aber weniger ins Gewicht, dass der Beigeladene örtlich und zeitlich gebunden gewesen sei. Beides ergebe sich aus der Art der Tätigkeit. Lediglich soweit bestimmte Anwesenheitszeiten vorgegeben waren, sei tatsächlich in zeitlicher Hinsicht eine Weisung erteilt worden, auch wenn vertraglich etwas anderes vereinbart gewesen sei. Für die Selbständigkeit spreche daneben, dass der Beigeladene einen Arbeitnehmer auf geringfügiger Basis beschäftigt habe. Jedoch falle dies nicht weiter ins Gewicht, weil er stets höchstpersönlich tätig gewesen sei. Die Gewerbeanmeldung, die Vergütung in Form von Rechnungen und die fehlenden Arbeitnehmerschutzrechte könnten ebenfalls nicht als wesentliche Indizien herangezogen werden, weil sie eine selbständige Tätigkeit voraussetzten, aber nicht begründen könnten. Auch aus dem Willen des Beigeladenen, als Subunternehmer tätig zu sein, ergebe sich keine andere Beurteilung. Denn dem Willen der Vertragspartner komme keine maßgebliche Relevanz zu. Das sich aus der tatsächlichen Durchführung der Tätigkeit ergebende Gesamtbild stehe im Widerspruch zu dem Willen der Beteiligten zu einer selbständigen Tätigkeit.

Gegen das ihr am 9. Mai 2016 zugestellte Urteil hat die Klägerin am 3. Juni 2016 beim SG Berufung eingelegt. Zur Begründung hat sie vorgetragen, das SG habe zwar die wesentlichen Merkmale, die vorliegend für eine selbständige Tätigkeit sprächen, erkannt und bestätigt. Die Annahme, dass diese Merkmale im Rahmen der Gesamtabwägung weniger ins Gewicht fielen, sei jedoch unzutreffend. Die Gewichtung des Umstandes, dass der Beigeladene einen Mitarbeiter geringfügig beschäftigt habe, als weniger schwerwiegend überzeuge nicht. Dass der Beigeladene stets höchstpersönlich tätig gewesen sei, treffe auf jeden Kleinbetrieb zu. Er habe sich damals im Aufbau eines Gewerbes und nicht in einem Anstellungsverhältnis mit ihr befunden. Für eine Selbständigkeit spreche auch, dass der Beigeladene schwankende Zahlen an Wochenstunden abgerechnet habe. Mit den bei ihr angestellten Mitarbeitern sei eine regelmäßige Arbeitszeit von 180 Stunden pro Monat arbeitsvertraglich vereinbart. Der Beigeladene habe ihre Aufträge ablehnen oder auch über die wöchentliche Stundenzahl von 42 Stunden hinaus annehmen können. Der Stundensatz von EUR 13,90 zzgl. Mehrwertsteuer habe nur knapp unterhalb des Stundensatzes gelegen, den sie von ihrer Auftraggeberin erhalten habe (EUR 15,35 zzgl. Mehrwertsteuer). Ihre angestellten Mitarbeiter hätten ein Arbeitsentgelt in Höhe von EUR 1.530,00 brutto erhalten. Bei einer regelmäßigen Arbeitszeit von 180 Stunden im Monat entspreche dies einem Stundenlohn von EUR 8,50. Der Tariflohn habe damals bei EUR 7,00 pro Stunde gelegen. Der dem Beigeladenen gezahlte Stundensatz habe sich somit entgegen der Auffassung des SG wesentlich von dem Gehalt der angestellten Mitarbeiter unterschieden. Die Beauftragung von großen Detekteien und nicht einzelnen Überwachungspersonen oder kleinen Detekteien durch Kaufhäuser sei branchenüblich. Diese wollten nur einen Ansprechpartner. Außerdem könnten Aufträge von ca. 4.000 Stunden im Monat nur von großen Detekteien bewältigt werden. Aus dem Umstand, dass der Beigeladene nicht direkt bei den Kaufhäusern Einzelverträge abgeschlossen habe, könne somit nicht auf eine abhängige Beschäftigung geschlossen werden. Dazuhin habe sie mit dem Beigeladenen vertraglich ein Wettbewerbsverbot vereinbart, so dass dieser mit ihren Kunden ohnehin keine Bewachungsaufträge vereinbaren dürfe. Die Vereinbarung einer solchen Klausel spreche ebenfalls für die Selbständigkeit des Beigeladenen. Das SG habe auch nicht ausreichend berücksichtigt, dass der Beigeladene zwei weitere Auftraggeber gehabt habe. Entgegen der Ansicht des SG sei das Vertragsverhältnis auch nicht als eine Art Abrufl- oder Aushilfsbeschäftigungsverhältnis auszulegen. Der Beigeladene habe selbst über den Standort und den Umfang seiner Tätigkeit in den Kaufhäusern entschieden. Ihren angestellten Mitarbeitern sei dies nicht möglich gewesen. Aus dem Umstand, dass der Beigeladene einen von ihr ausgestellten Dienstaussweis mit sich geführt habe, könne ebenfalls nicht auf eine abhängig Beschäftigung geschlossen werden. Dieser sei gesetzlich vorgeschrieben. Nach § 11 Abs. 1 Satz 2 Nr. 2 Bewachungsverordnung müsse der Ausweis auch den Namen des Gewerbetreibenden enthalten. Dies sei unabhängig davon, dass der Beigeladene selbst Gewerbetreibender gewesen sei. Der Dienstaussweis diene auch der Zuordnung der Wachperson zum Vertragspartner des Kaufhauses. Bei Direktaufträgen habe der Beigeladene einen anderen Dienstaussweis mit sich geführt, weil er in diesen Fällen Auftragnehmer und zugleich Wachperson gewesen sei. Hinsichtlich des unternehmerischen Risikos habe das SG nicht hinreichend berücksichtigt, dass die Tätigkeit nicht zwingend teure Betriebsmittel voraussetze. Meistens würden kostspielige Überwachungsmittel vom Kunden zur Verfügung gestellt. Zudem habe sich das Gewerbe des Beigeladenen damals noch im Aufbau befunden, so dass die Anschaffung von Betriebsmitteln nur begrenzt möglich gewesen sei. Er habe aber bereits einen Beschäftigten gehabt und deshalb nicht nur das Risiko für sein eigenes Entgelt tragen müssen. Er habe außerdem bei anderen Kaufhäusern, die nicht ihre Kunden gewesen seien, geworben und habe hierfür eine Webseite betrieben. Schließlich könne auch nicht aus dem Umstand, dass sie dem Beigeladenen angeboten habe, im Angestelltenverhältnis tätig zu sein, auf ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis geschlossen werden. Für sie sei es damals schwer gewesen, geeignetes und qualifiziertes Personal zu finden und habe daher auf freiberufliche Mitarbeiter zurückgegriffen, um die vorhandenen Direktaufträge erfüllen zu können. Da freie Mitarbeiter Aufträge ablehnen könnten, habe sie den Ausbau der eigenen Mitarbeiterzahl bevorzugt. Jedenfalls könnten selbst bei Feststellung eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses keine Beiträge nachgefordert werden. Denn der Bescheid über die Betriebsprüfung vom 25. Februar 2016 sei bestandskräftig. Die DRV Baden-Württemberg habe mündlich zugesichert, dass mit dem (bereits erfüllten) Nachzahlungsbetrag alle Zahlungen erledigt seien. Ihr Steuerberaterin könne dies bezeugen. Der Beigeladene habe von ihr Organisationsanweisungen ihrer Kunden erhalten. Sie hat eine Organisationsanweisung eines ihrer Kunden vorgelegt und ihren Vortrag dahingehend ergänzt, der Beigeladene habe lediglich die Organisationsanweisungen des jeweiligen Kunden zu befolgen gehabt. Ihre angestellten Mitarbeiter hätten demgegenüber eine detaillierte Arbeitsanweisung erhalten, die unter anderem Verhaltensweisen und eine Mindeststundenzahl von acht Stunden vorgesehen habe. Der Beigeladene habe demgegenüber selbst bestimmt, wie viel Zeit er während der Öffnungszeiten des Kaufhauses für seine Detektivtätigkeit aufbringt. Der Beigeladene habe seine Arbeits- und Ablauforganisation selbständig festlegen und seine Tätigkeit als Detektiv frei gestalten können. Der Ein- und Ausbau der Überwachungsgeräte sei vom Beigeladenen vollständig selbst geplant und übernommen worden. Sofern er hierfür eine seiner Hilfskräfte benötigt habe, habe er diese ebenfalls selbständig beauftragt und bezahlt. Eine Organisationsanweisung für den Videoeinbau existierte nach ihrer Kenntnis nicht.

Die Klägerin beantragt (sachgerecht gefasst),

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 31. März 2016 und den Bescheid der Beklagten vom 19. Juli 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. November 2013 aufzuheben und festzustellen, dass die Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin vom 15. Juli 2012 bis 31. August 2013 nicht der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung aufgrund abhängiger Beschäftigung unterlag.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zur Begründung hat sie im Wesentlichen auf die angefochtenen Bescheide und das Urteil des SG verwiesen. Ergänzend hat sie ausgeführt, die von der DRV Baden-Württemberg durchgeführte Betriebsprüfung habe für den vorliegenden Fall keine Relevanz. Betriebsprüfungen bezweckten nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht, den Arbeitgeber als Beitragsschuldner zu schützen oder ihm etwa "Entlastung" zu erteilen. Der Beigeladene habe wegen der Organisationsanweisung gerade nicht seine Tätigkeit frei gestalten können. Wie die festangestellten Mitarbeiter habe er die zwischen der Klägerin und deren Kunden getroffenen Vereinbarungen umsetzen müssen. Widersprüchlich sei der Vortrag der Klägerin in Bezug auf die Videokameraeinbauten. Im Erörterungstermin beim Senat habe der Geschäftsführer der Klägerin ausgeführt, der Beigeladene habe Kameraeinbauten teilweise mit Beschäftigten der Klägerin, mit freiberuflichen Technikern oder mit dem Geschäftsführer der Klägerin vorgenommen. Es sei weder vorgetragen worden noch bewiesen, dass der Beigeladene Kameraeinbauten im Zusammenhang mit der Ausführung von Aufträgen für die Klägerin auf eigene Rechnung geplant und finanziert habe.

Der Beigeladene hat keine Anträge gestellt.

Die Berichterstatterin hat die Rechts- und Sachlage mit den Beteiligten erörtert sowie den Geschäftsführer der Klägerin und den Beigeladenen angehört. Auf die Niederschrift wird Bezug genommen.

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

Zu den weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf die Gerichtsakten beider Rechtszüge sowie die beigezogenen Akten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

1. Die gemäß [§ 143 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#) statthafte und nach [§ 151 Abs. 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Klägerin, über die der Senat im Einverständnis der Beteiligten durch Urteil ohne mündliche Verhandlung entschieden hat ([§ 124 Abs. 2 SGG](#)), ist auch im Übrigen zulässig. Die Berufung bedurfte nicht der Zulassung nach [§ 144 Abs. 1 Satz 1 SGG](#). Denn die Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status des Beigeladenen betrifft weder eine Geld-, Dienst- oder Sachleistung noch einen hierauf gerichteten Verwaltungsakt.

2. Gegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 19. Juli 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. November 2013. Dieser Verwaltungsakt hat sich nicht nach [§ 39 Abs. 2](#) Zehntes Buch Sozialgesetzbuch (SGB X) durch Erlass des Betriebsprüfungsbescheids der DRV Baden-Württemberg vom 25. Februar 2016 erledigt. Der Bescheid über das Ergebnis der Betriebsprüfung enthält keine Regelung über den Status der Tätigkeit des Beigeladenen bei der Klägerin. Er betrifft anders als vorliegend allein Beitragsnachforderungen. Als Summenbeitragsbescheid betreffen die festgesetzten Beitragsnachforderungen zudem nicht die Tätigkeit des Beigeladenen.

3. Die Berufung ist nicht begründet. Das SG hat die Klage zu Recht abgewiesen. Der Bescheid der Beklagten vom 19. Juli 2013 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 8. November 2013 ist rechtmäßig und verletzt die Klägerin nicht in ihren Rechten. Die Beklagte hat zu Recht festgestellt, dass der Beigeladene in seiner Tätigkeit für die Klägerin als Kaufhausdetektiv in der Zeit vom 15. Juli 2012 bis 31. August 2013 der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege- und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlag. Denn der Beigeladene übte diese Tätigkeit als abhängig Beschäftigter der Klägerin aus.

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 von der Klägerin beantragte Feststellung zuständig, weil für die streitige Zeit vom 15. Juli 2012 bis 31. August 2013 zum Zeitpunkt der Antragstellung am 15. Januar 2013 kein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung bei der Einzugsstelle oder einem anderen Versicherungsträger 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).

In der Rechtsprechung des BSG wird die Maßgeblichkeit der Rechtsmacht gegenüber bloß rein faktischen, nicht rechtlich gebundenen und daher jederzeit änderbaren Verhalten der Beteiligten betont (BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 – [B 12 KR 23/13 R](#) – juris, Rn. 30; BSG, Urteil vom 29. Juli 2015 – [B 12 R 1/15 R](#) – juris, Rn. 25). Für die Beurteilung der Weisungsgebundenheit und der Eingliederung in eine fremde Arbeitsorganisation ist deshalb entscheidend auf das Vorliegen einer diesbezüglichen Rechtsmacht abzustellen (vgl. Urteil des Senats vom 15. April 2016 – [L 4 KR 1612/15](#) – juris, Rn. 84).

c) Ausgehend von diesen Grundsätzen war der Beigeladene vom 15. Juli 2012 bis 31. August 2013 bei der Klägerin abhängig beschäftigt.

aa) Ausgangspunkt für die vorliegende rechtliche Bewertung sind die im Folgenden dargestellten Umstände, die der Senat aufgrund des Gesamtinhalts des Verfahrens, insbesondere der Regelungen der schriftlichen Vereinbarungen und der Angaben der Klägerin und des Beigeladenen, feststellt.

Die Tätigkeiten des Beigeladenen für die Klägerin bestanden zu 80 bis 90 % und damit ganz überwiegend aus Überwachungsleistungen in Kaufhäusern. Drei- bis viermal im Monat baute er mit (freien und angestellten) Mitarbeitern der Klägerin Kameras in den Kaufhäusern ein. Hierzu wurde er von den Technikern der Klägerin eingelernt. Von untergeordneter Bedeutung waren Observationen. Bei der Ausübung der Tätigkeiten für die Klägerin führte der Beigeladene einen auf den Namen der Klägerin ausgestellten Dienstaussweis mit sich.

Nur für die Observationen setzte der Beigeladene eine von ihm angeschaffte Digitalkamera ein. Für die Tätigkeit als Kaufhausdetektiv benötigte er nur sein Handy und sein (damals auch privat genutztes) Fahrzeug. Er hatte eine Betriebshaftpflichtversicherung und zahlte Unfallversicherungsbeiträge. Er verfügte über eine Gewerbeerlaubnis nach [§ 34a GewO](#) und hatte ein Bewachungsgewerbe angemeldet. Er war für einen weiteren Sicherheitsdienstleister und einen Drogeriemarkt tätig. Er betrieb eine Webseite und machte Werbung. Er beschäftigte einen Mitarbeiter auf geringfügiger Basis. Tatsächlich erbrachte er die streitgegenständlichen Tätigkeiten jedoch selbst. Soweit von der Klägerin zuletzt erstmals vorgetragen wurde, dass der Beigeladene Installationsarbeiten vollständig selbst geplant und ausgeführt und dafür seine Hilfskräfte eingesetzt habe, entspricht dies nicht dem bisherigen Vortrag. In der Befragung durch die Beklagte gab der Beigeladene noch an, die Arbeiten für die Klägerin persönlich auszuführen. Außerdem gab er an, dass die Kameraanlagen bereits von Kundenseite her vorhanden seien und keine Betriebsmittel benötigt würden. Der Geschäftsführer der Klägerin gab im Erörterungstermin beim Senat an, dass der Beigeladene Kameraeinbauten zusammen mit (freien und angestellten) Mitarbeitern der Klägerin oder mit ihm selbst durchgeführt habe.

Zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen bestand eine schriftliche Rahmenvereinbarung, die mit zwingendem Recht vereinbar ist und keine Anhaltspunkte für ein Scheingeschäft im Sinne von [§ 117](#) Bürgerliches Gesetzbuch (BGB) enthält. Die Einzelaufträge kamen durch gesonderte mündliche Beauftragung zustande. Nach [§ 2 Satz 4](#) des Vertrages konnte er Einzelaufträge ablehnen, wenn von den Kunden der Klägerin Stundenvorgaben gemacht oder bestimmte Einsatzzeiten vorgegeben wurden. Die Aufträge der Kunden der Klägerin enthielten Vorgaben hinsichtlich der Stundenzahl und zum Teil auch Vorgaben zu bestimmten Einsatzzeiten. Der Beigeladene war damit in der hier streitgegenständlichen Tätigkeit für die Klägerin in der Regel rechtlich befugt, Einzelaufträge abzulehnen.

Nahm der Beigeladene den jeweiligen Einzelauftrag an, war er allerdings an die zeitlichen Vorgaben der Kunden der Klägerin gebunden ([§ 2 Satz 5](#) des Vertrages). Nach den Angaben des Geschäftsführers im Erörterungstermin beim LSG machten die Kunden der Klägerin Vorgaben

hinsichtlich der Anzahl der zu leistenden Stunden. Ein Kunde machte Vorgaben zu konkreten Anwesenheitszeiten. Im Übrigen richtete sich die Arbeitszeit nach den Öffnungszeiten des Ladenlokals. Einsatzort- und Einsatzzeiten wurden dem Beigeladenen nach § 2 Satz 1 des Vertrages von der Klägerin einseitig "mitgeteilt". Er konnte jedoch insoweit über die Einsatzzeiten selbst bestimmen, als er vorab seine Verfügbarkeit der Klägerin mitteilte (§ 1 Satz 2 des Vertrages). Der Einsatzort wurde nach Wohnortnähe ausgewählt.

Der Beigeladene war verpflichtet, den Organisationsanweisungen der Kunden der Klägerin Folge zu leisten (§ 1 Satz 5 des Vertrages). Nach der von der Klägerin beispielhaft vorgelegten Organisationsanweisung einer ihrer Kunden werden darin detaillierte Vorgaben zum Tragen von Waffen bzw. zur Gewaltanwendung (vgl. auch § 16 des Vertrages), zum Ansprechen verdächtiger Personen, zur Befragung und Protokollierung, zur Einschaltung der Polizei sowie Regeln für das Verlangen einer Vertragsstrafe gemacht. Nach den "Mindest-Regeln bei der Ansprache verdächtiger Personen" dürfen Verdächtige nur in einer bestimmten Situation angesprochen werden ("nach Verlassen der Check-out-Linie", "wenn sichergestellt ist, dass ..."). Das Wort "Diebstahl" darf nicht benutzt werden (Nr. 4.1 Organisationsanweisung). Die Befragung darf nur in einem vom Unternehmer festgelegten Raum stattfinden. Für die Protokollierung wurde ein Formblatt "Strafanzeige/-antrag" vorgegeben (Nr. 4.2.2 Organisationsanweisung).

Im Krankheitsfall war der Beigeladene verpflichtet, die Klägerin darüber zu unterrichten, sobald absehbar war, dass ein Auftrag nicht erfüllt werden konnte (§ 3 des Vertrages). Eine Entgeltfortzahlung erfolgte nicht (§ 6 Satz 2 des Vertrages).

Der Beigeladene war nach § 7.1 des Vertrages nur nach Genehmigung durch die Klägerin berechtigt, den Auftrag an einen Subunternehmer weiterzugeben. Nur unter den detaillierten Vorgaben des § 7.3 des Vertrages durfte der Beigeladene eigene Mitarbeiter einsetzen. Dieser musste unter anderem über ein einwandfreies Führungszeugnis verfügen und versichert sein. Außerdem musste der Mindestlohn gezahlt werden. Der Arbeitsvertrag war vorzulegen.

Der Beigeladene erhielt einen Stundenlohn in Höhe von EUR 13,90 pro geleisteter Stunde zzgl. Umsatzsteuer (§ 4 des Vertrages). Weitere Aufwendungen wurden nicht vergütet (§ 6 Satz 1 des Vertrages). Die bei der Klägerin angestellten Mitarbeiter erhielten einen Stundenlohn von EUR 8,50.

Im Jahr 2012 stellte der Beigeladene der Klägerin Beträge im Umfang von insgesamt EUR 31.714,08 (netto) in Rechnung. Im Zeitraum von Juli 2012 bis Dezember 2012 stellte er insgesamt 973,25 geleistete Stunden in Rechnung (durchschnittlich 37,43 Stunden pro Woche). Von Januar bis August 2013 rechnete der Beigeladene insgesamt EUR 23.039,96 (netto) ab.

Die Klägerin kontrollierte die Anzahl der abgerechneten Stunden anhand von Tätigkeitsnachweisen. Er hatte eine genaue Auflistung der Stunden vorzulegen, die von dem Geschäftsführer der betreuten Kaufhäuser unterschrieben sein musste. Die Bezahlung erfolgte nach Überprüfung dieser Tätigkeitsnachweise durch die Klägerin (§ 5 des Vertrages).

Der Beigeladene unterlag gemäß §§ 11f. des Vertrages einem strafbewehrten Wettbewerbsverbot. Er durfte ohne vorherige Genehmigung mit den Kunden der Klägerin keine Bewachungsaufträge abschließen.

bb) Vor dem Hintergrund der getroffenen Feststellungen ist der Senat unter Berücksichtigung der vorliegenden Umstände des Einzelfalles zu der Überzeugung gelangt, dass eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen bei der Klägerin im streitbefangenen Zeitraum vorlag. Das Rechtsverhältnis zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen weist sowohl Merkmale der Selbständigkeit als auch der abhängigen Beschäftigung auf. Bei der Gesamtwürdigung aller Umstände überwiegen jedoch diejenigen Gesichtspunkte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen.

Der Beigeladene unterlag dem Weisungsrecht der Klägerin. Zwar liegt eine Weisungsgebundenheit in zeitlicher Hinsicht nur vor, wenn der Betroffene grundsätzlich ständiger Dienstbereitschaft unterliegt und der Auftraggeber die Lage der Arbeitszeit einseitig bestimmen kann (vgl. Urteil des Senats vom 15. April 2016 - [L 4 KR 1612/15](#) - juris, Rn. 86; Landessozialgericht [LSG] Baden-Württemberg, Urteil vom 18. Mai 2015 - [L 11 R 4586/12](#) - juris, Rn. 58; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Oktober 2014 - [L 11 R 4761/13](#) - juris, Rn. 32). Der Beigeladene war befugt, Einzelaufträge abzulehnen (§ 2 des Vertrages). Ein solches Ablehnungsrecht ist ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit, weil ein Arbeitnehmer nicht berechtigt ist, die ihm im Rahmen eines Arbeitsvertrages zugewiesene Arbeit abzulehnen. In Bezug auf die Einzelaufträge unterlag der Beigeladene allerdings dem zeitlichen Weisungsrecht der Klägerin. Er hatte sich vertraglich verpflichtet, bei Annahme des Einzelauftrags diesen entsprechend der zeitlichen Vorgaben der Kunden der Klägerin durchzuführen. Nach den Angaben des Geschäftsführers im Erörterungstermin beim Senat hatte die Klägerin von ihren Kunden Aufträge dergestalt erhalten, dass eine bestimmte Anzahl von Überwachungsstunden innerhalb eines bestimmten Zeitraums zu erbringen waren. Einer der Kunden der Klägerin, bei dem der Beigeladene im Einsatz war, hatte zudem die Einsatzzeiten vorgegeben. Nach Annahme des Auftrags war der Beigeladene deshalb nicht frei in seiner Zeiteinteilung, sondern hatte die Stundenvorgaben und - soweit von den Kunden der Klägerin vorgegeben - bestimmte Einsatzzeiten einzuhalten. Über die geleisteten Stunden hatte er zudem einen Nachweis zu führen. Dass dieser von dem Geschäftsführer der betreuten Kaufhäuser unterzeichnet werden musste, zeigt, dass der Nachweis nicht lediglich Kontrollfunktion im Hinblick auf die Abrechnung des Beigeladenen hatte, sondern darüber hinaus der Überprüfung diente, ob die zeitlichen Vorgaben der Kunden der Klägerin vom Beigeladenen eingehalten wurden.

Eine Weisungsgebundenheit in örtlicher Hinsicht kann dagegen nicht angenommen werden, weil sich der Leistungsort aus der Natur der Sache ergab. Nur im Kaufhaus können Überwachungsleistungen eines Kaufhausdetektivs erbracht werden.

In fachlicher Hinsicht hatte sich der Beigeladene verpflichtet, die Aufträge unter Einhaltung der Organisationsanweisungen der Kunden der Klägerin auszuführen (§ 1 des Vertrages). Die Klägerin verfügte damit über die Rechtsmacht, in fachlicher Weise Einfluss auf die Leistungserbringung zu nehmen. Aufgrund der darin enthaltenen detaillierten Vorgaben für die Durchführung der Tätigkeit als Kaufhausdetektiv blieb dem Beigeladenen kein nennenswerter Handlungsspielraum. Er erbrachte fremdbestimmte Arbeiten bei den Kunden der Klägerin. Damit manifestierte sich zugleich die Eingliederung des Beigeladenen in den Betrieb der Klägerin. Zwar war er nicht in den Räumlichkeiten der Klägerin tätig und hatte nach dem Vortrag der Klägerin auch keine sonstigen "Verbindungen" zu den Betriebsräumen der Klägerin. Durch die Weitergabe der Organisationsanweisungen ihrer Kunden an den Beigeladenen, machte sich die Klägerin aber deren Betriebsorganisation zu eigen.

Die Eingliederung in den Betrieb der Klägerin zeigte sich darüber hinaus an der Verpflichtung des Beigeladenen, einen auf den Namen der Klägerin ausgestellten Dienstaussweis zu tragen (§ 8 des Vertrages). Zwar ist das Tragen des Dienstaussweises, wie die Klägerin zu Recht ausführt, gesetzlich vorgeschrieben. Allerdings besagt § 11 Abs. 1 Satz 1 Bewachungsverordnung nicht, dass im Fall einer – wie vorliegend behaupteten – Subunternehmereigenschaft des Beigeladenen, nicht der Subunternehmer, sondern der Hauptunternehmer den Dienstaussweis auszustellen hat. Es ist vielmehr "der Gewerbetreibende" anzugeben (§ 11 Abs. 1 Satz 1 Nr. 2 Bewachungsverordnung). Wäre der Beigeladene nach außen hin als Gewerbetreibender aufgetreten, hätte der Beigeladene selbst als solcher im Dienstaussweis aufgeführt werden müssen. Dadurch, dass vorliegend die Klägerin als Gewerbetreibende aufgeführt wurde, ist der Beigeladene gegenüber Dritten gerade nicht als selbständig Gewerbetreibender, sondern als Mitarbeiter der Klägerin aufgetreten.

Für die Eingliederung in den Betrieb der Klägerin spricht schließlich auch die – wenn auch dem Umfang nach geringe – Zusammenarbeit des Beigeladenen mit den Mitarbeitern der Klägerin beim Einbau der Überwachungsanlagen.

Für eine abhängige Beschäftigung spricht schließlich das in § 11 des Vertrages vereinbarte Wettbewerbsverbot. Ein solches Wettbewerbsverbot ist Arbeitnehmer typisch (BSG, Urteil vom 10. August 2000 – [B 12 KR 21/98 R](#) – juris, Rn. 23).

Der Beigeladene trug darüber hinaus kein nennenswertes, das Gesamtbild der Arbeitsleistung prägendes Unternehmerrisiko, was im Rahmen der Würdigung des Gesamtbildes zu beachten ist (BSG, Beschluss vom 16. Oktober 2010 – [B 12 KR 100/09 B](#) – juris, Rn. 10; ständige Rechtsprechung des Senats, z.B. Urteil vom 8. Juli 2016 – [L 4 R 4979/15](#) – juris, Rn. 46). Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und sächlichen Mittel also ungewiss ist (vgl. z.B. BSG, Urteil vom 28. Mai 2008 – [B 12 KR 13/07 R](#) – juris). Aus dem (allgemeinen) Risiko, außerhalb der Erledigung einzelner Aufträge zeitweise die eigene Arbeitskraft gegebenenfalls nicht verwerten zu können, folgt kein Unternehmerrisiko bezüglich der einzelnen Einsätze (BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) – juris, Rn. 36). Der Beigeladene setzte, wie oben festgestellt, für die streitgegenständlichen Tätigkeiten keine eigenen Betriebsmittel in nennenswertem Umfang ein und trug daher kein diesbezügliches Verlustrisiko. Die von ihm bestätigte Hilfskraft kam bei der Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin nicht zum Einsatz. Der Einsatz des eigenen Fahrzeuges zum Aufsuchen des Arbeitsplatzes ist ebenfalls unbeachtlich, weil auch jeder Arbeitnehmer seinen Arbeitsweg finanzieren muss. Auch seine Arbeitskraft setzte er nicht mit der Gefahr des Verlustes ein. Denn er erhielt, wie oben festgestellt, eine rein arbeitszeitbezogene, feste Vergütung für jede tatsächlich geleistete Arbeitsstunde.

Im Vordergrund stand damit die Belastung des Beigeladenen mit Risiken im Zusammenhang mit der Verwertung seiner Arbeitskraft. Eine größere Freiheit bei der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs des Einsatzes der eigenen Arbeitskraft stand dem Beigeladenen wie oben aufgezeigt – im Verhältnis zur Klägerin nicht gegenüber. Er konnte für andere Auftraggeber tätig werden, unterlag aber einem vertraglich vereinbarten Wettbewerbsverbot (§ 11 des Vertrages). Aus den vorgelegten Rechnungen und Steuerunterlagen ergibt sich, dass sein Einkommen aus der Tätigkeit für die Klägerin schließlich den überwiegenden Teil seines Gesamteinkommens im streitgegenständlichen Zeitraum darstellte. In der Gestaltung und Bestimmung seiner Arbeitskraft unterlag der Beigeladene mithin Zwängen, die der Annahme eines relevanten Unternehmerrisikos entgegenstehen.

Die Vergütungshöhe kann ein Indiz für eine selbständige Tätigkeit sein. Die Vergütungshöhe kann aber nur eines von unter Umständen vielen in der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Indizien sein (BSG, Urteil vom 31. März 2017 – [B 12 R 7/15 R](#) – juris, Rn. 50) und bei der Abwägung jedenfalls ein – wie hier – bestehendes Weisungsrecht und eine bestehende Eingliederung nicht übertreffen.

Der Umstand, dass der Beigeladene für seine Leistungen Rechnungen stellte, Mehrwertsteuer ansetzte, ein Gewerbe angemeldet und Unfall- und Haftpflichtversicherungen abgeschlossen hatte, ist kein wesentliches Indiz für eine selbständige Tätigkeit. Diese Vorgehensweise ist lediglich Ausdruck der subjektiven Vorstellung der Klägerin und des Beigeladenen, der Beigeladene sei in ihrer Tätigkeit für die Klägerin selbständig. Überdies können die Gewerbeanmeldung und der Abschluss der genannten Versicherungen auch der Tätigkeit des Beigeladenen für seine anderen Auftraggeber geschuldet sein.

Kein entscheidendes Indiz ist darüber hinaus, ob der Beigeladene werbend am Markt auftrat und für andere Auftraggeber tätig wurde. Denn abzustellen ist allein auf die Tätigkeit des Beigeladenen für die Klägerin.

Indiz für eine selbständige Tätigkeit kann hingegen die fehlende Verpflichtung zur persönlichen Arbeitsleistung sein. Die Befugnis, die Tätigkeit zu delegieren, ist aber allein kein entscheidendes Kriterium für eine selbständige Tätigkeit, weil sie nichts darüber aussagt, inwieweit von ihr Gebrauch gemacht wird, realistischer Weise überhaupt Gebrauch gemacht werden könnte und sie damit die Tätigkeit tatsächlich prägt (vgl. BSG, Urteil vom 11. März 2009 – [B 12 KR 21/07 R](#) – juris, Rn. 17; BSG, Urteil vom 18. November 2015 – [B 12 KR 16/13 R](#) – juris, Rn. 33). Der Beigeladene war nicht zur persönlichen Arbeitsleistung verpflichtet. Er durfte nach § 7.1 des Vertrages zwar Subunternehmer nur nach Genehmigung durch die Klägerin beauftragen. Eigene Mitarbeiter durften dagegen unter den Voraussetzungen des § 7.3 des Vertrages auch ohne Genehmigung durch die Klägerin zum Einsatz kommen. Allerdings hat der Beigeladene tatsächlich Dritte zur Erledigung seiner Verpflichtungen gegenüber der Klägerin nicht eingesetzt. Die Tätigkeit wurde also durch die Berechtigung zum Einsatz Dritter nicht maßgeblich geprägt.

Der fehlende vertraglich vereinbarte Urlaubsanspruch ist wie auch das Fehlen eines Anspruchs auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall als Indiz für selbständige Tätigkeit anzusehen (vgl. BSG, Urteil vom 12. Februar 2004 – [B 12 KR 26/02 R](#) – juris, Rn. 25; Urteil des Senats vom 15. April 2016 – [L 4 KR 1612/15](#) – juris, Rn. 96). Solche Vertragsgestaltungen sind allerdings konsequent, wenn beide Seiten eine selbständige freie Mitarbeit wollen (etwa Beschluss des Senats vom 20. August 2015 – [L 4 R 861/13](#) – juris, Rn. 67 m.w.N.). Insofern gilt, dass dem keine entscheidende Bedeutung zukommen kann, wenn die für die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung maßgeblichen Kriterien – Weisungsabhängigkeit und Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Auftraggebers – bereits zur Annahme einer abhängigen Beschäftigung führen. In einem solchen Fall werden vertragliche Absprachen oder deren Unterlassen durch die gesetzlichen Vorschriften über die Lohnfortzahlung im Krankheitsfall und über Urlaubsansprüche verdrängt bzw. ersetzt. Entscheidend ist hier aber die tatsächliche Handhabung durch die Beteiligten (vgl. Urteil des Senats vom 15. April 2016 – [L 4 KR 1612/15](#) – juris, Rn. 97; LSG Baden-Württemberg, Urteil vom 21. Oktober 2014 – [L 11 R 4761/13](#) – juris, Rn. 35), die belegt, dass der Ausschluss eines Lohnfortzahlungsanspruchs im Krankheitsfall nicht nur zum Schein vereinbart, sondern tatsächlich auch so praktiziert worden ist; keiner der Beteiligten hat behauptet, der Beigeladene

hätte solche oder andere Arbeitnehmerrechte gegenüber der Klägerin geltend gemacht oder hätte sie mit Erfolg gerichtlich geltend machen können.

In der Gesamtabwägung können diese Aspekte aber den überwiegenden Eindruck einer abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen nicht durchgreifend erschüttern.

4. Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. [§ 154 Abs. 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO). Der Beigeladene hat keine Anträge gestellt, so dass insofern eine Kostentragungspflicht der Klägerin nicht billig wäre.

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

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2018-05-13