

L 8 R 968/12

Land
Nordrhein-Westfalen
Sozialgericht
LSG Nordrhein-Westfalen
Sachgebiet
Rentenversicherung
Abteilung
8
1. Instanz
SG Köln (NRW)
Aktenzeichen
S 33 R 867/10
Datum
26.10.2012
2. Instanz
LSG Nordrhein-Westfalen
Aktenzeichen
L 8 R 968/12
Datum
17.08.2016
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen
B 12 R 55/16 B
Datum
06.06.2017
Kategorie
Urteil
Bemerkung
NZB als unzulässig verworfen

Die Berufung des Klägers gegen das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.10.2012 wird zurückgewiesen. Die Kosten des Verfahrens in beiden Rechtszügen einschließlich der Kosten des Beigeladenen zu 1) im Berufungsverfahren trägt der Kläger. Im Übrigen werden die Kosten der Beigeladenen von diesen selbst getragen. Die Revision wird nicht zugelassen. Der Streitwert wird in beiden Rechtszügen auf 34.300,00 Euro festgesetzt.

Tatbestand:

Die Beteiligten streiten im Rahmen eines Statusfeststellungsverfahrens nach [§ 7a](#) Sozialgesetzbuch Viertes Buch (SGB IV) darüber, ob der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit für den Kläger als Fernmeldetechniker in der Zeit vom 4.4.2004 bis zum 7.11.2006 sowie vom 7.2.2007 bis zum 31.10.2009 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Der Kläger betreibt ein Unternehmen für Fernmeldetechnik und Telekommunikation. Er bietet industrielle Telefonanlagen, IT-Technologie, die Anbindung von Telefonanlagen an EDV-Anlagen, Netzwerkzentralen sowie Planung, Programmierung und Wartung solcher Anlagen an. Darüber hinaus wurde er aufgrund befristeter Rahmenverträge mit der Deutschen Telekom AG (Telekom) in der Installation von Telefonneuanschlüssen für Kunden der Telekom tätig. In dem klägerischen Betrieb waren neben dem Kläger und seinen Kindern, Frau U C und Herr G C jun., im streitigen Zeitraum zwei angestellte Monteure beschäftigt. Auf Basis der mit der Telekom geschlossenen Rahmenverträge erhielt der Kläger täglich zwischen 200 bis 300 Aufträge der Telekom, die er grundsätzlich am Folgetag unter Einsatz von ca. 20 Subunternehmern, unter ihnen dem Beigeladenen zu 1), und den festangestellten Monteuren, soweit es deren (vorrangiger) Einsatz in anderen Auftragsverhältnissen zuließ, abarbeitete.

Der Beigeladene zu 1) war zunächst als Monteur bei dem Kläger angestellt tätig, wobei die genaue Dauer dieser - unstreitig abhängigen - Beschäftigungsverhältnisse zwischen den Beteiligten streitig ist. Am 5.4.2004 meldete der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe an und erhielt in der Zeit vom 5.4.2004 bis zum 4.10.2004 von der Beigeladenen zu 4) einen Gründungszuschuss nach [§ 57](#) Sozialgesetzbuch Drittes Buch (SGB III) alter Fassung (a.F.).

In der Zeit vom 4.4.2004 bis zum 7.11.2006 und vom 7.2.2007 bis zum 31.10.2009 installierte der Beigeladene zu 1) im Auftrag des Klägers Telekomneuanschlüsse. Die durch den Kläger an den Beigeladenen zu 1) täglich für den Folgetag weitergeleiteten schriftlichen Abrufe der Telekom können dem Senat nicht mehr vorgelegt werden. Eine schriftliche (Rahmen-)Vereinbarung existierte zwischen den Beteiligten nicht. Der Beigeladene zu 1) erhielt vereinbarungsgemäß 80% der gegenüber dem Kläger durch die Telekom freigegebenen Rechnungssummen für die von ihm erledigten Aufträge. Auf Basis der mit der Telekom vereinbarten Preise erstellte der Kläger eine sog. Preisliste für freie Mitarbeiter. Diese wurde bei Veränderung der seitens der Telekom zu leistenden Vergütung angepasst und dem Beigeladenen zu 1) mit vergleichbaren Schriftstücken, wie dem zur Akte gereichten Schreiben vom 25.8.2008, zur Bestätigung zugeleitet. Gleichzeitig heißt es in dieser Mitteilung, dass die Vertragsbedingungen der Telekom auch für den Beigeladenen zu 1) Geltung entfalten sollten. Auf dieser Basis stellte der Beigeladene zu 1) gegenüber dem Kläger folgende Jahresbeträge in Rechnung, wobei zwischen den Beteiligten streitig ist, inwieweit sie durch den Kläger beglichen worden bzw. noch zu begleichen sind:

Jahr - brutto in Euro - netto in Euro

2004 - 22.929,02 - 19.766,40

Ø mtl. Anspruch aus der Tätigkeit - 2.547,67 - 2.196,27

2005 - 36.971,60 - 31.872,07

Ø mtl. Anspruch aus der Tätigkeit - 3.080,97 - 2.656,01

2006 - 33.577,25 - 28.945,91

Ø mtl. Anspruch aus der Tätigkeit - 2.798,10 - 2.412,16

2007 - 41.671,01 - 35.017,66

Ø mtl. Anspruch aus der Tätigkeit - 3.472,58 - 2.918,14

2008 - 27.749,47 - 23.318,88

Ø mtl. Anspruch aus der T Tätigkeit - 2.312,46 - 1.943,24

2009 - 21.270,81 - 17.874,63

mtl. Anspruch aus der Tätigkeit - 2.127,08 - 1.787,46

insgesamt - 184.169,16 - 156.795,55

Am 7.8.2008 stellte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten einen Antrag auf Statusfeststellung nach [§ 7a SGB IV](#) mit dem Begehren, die bei dem Kläger ausgeübte Tätigkeit ab dem 4.4.2004 als abhängige Beschäftigung einzustufen. Er sei für den Kläger im Rahmen der Einrichtung von Telefonneuanschlüssen im Auftrag der Telekom tätig geworden. Eine eigene Preisgestaltung sei ihm nicht möglich. Er könne keine Aufträge ablehnen, da er sonst von dem Kläger nicht mehr bei Folgeaufträgen berücksichtigt werde. Außer Telefondosen müsse er Utensilien selbst stellen. Schriftliche Arbeitsanweisungen erhalte er vom Kläger. Ein schriftlicher Vertrag sei zwischen ihnen nicht geschlossen worden. Aufträge würden per E-Mail weitergeleitet. Seinem Antrag fügte der Beigeladene zu 1) weitere Unterlagen, darunter schriftliche Arbeitsanweisungen des Klägers, eine Preisliste für freie Mitarbeiter sowie einen Auszug aus dem Leistungsverzeichnis der Telekom bei. Am 20.11.2008 schloss sich der Kläger dem Statusantrag des Beigeladenen zu 1) an und begehrte die Feststellung, dass keine abhängige Beschäftigung vorliege.

Mit Schreiben vom 9.12.2008 unterrichtete die Beklagte die Beteiligten über die beabsichtigte Feststellung einer abhängigen Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) bei dem Kläger ab dem 4.4.2004. Für eine solche spreche, dass das Aufgabengebiet des Beigeladenen zu 1) durch diverse schriftliche Arbeitsanweisungen des Klägers geregelt worden sei. Der Beigeladene zu 1) erscheine nach außen als dessen Mitarbeiter. Er erfülle dessen Verbindlichkeiten. Der Beigeladene zu 1) sei verpflichtet, den Auftrag persönlich auszuführen. Eine Ablehnung von Aufträgen sei ihm nicht möglich, da er sonst nicht mehr bei der Auftragsvergabe berücksichtigt werde. Eine freie Preisgestaltung sei nicht gegeben. Die Abrechnung erfolge über den Kläger. Ein nennenswertes unternehmerisches Risiko sei nicht erkennbar. Der Beigeladene zu 1) habe wöchentliche Arbeitsnachweise zu führen.

Nachdem die Beteiligten zum Anhörungsschreiben der Beklagten nicht Stellung genommen hatten, erließ die Beklagte unter dem 5.1.2009 den streitigen Bescheid mit der Feststellung, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als Fernmeldetechniker bei dem Kläger seit dem 4.4.2004 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde. Die Versicherungspflicht dem Grunde nach beginne mit der Aufnahme der Beschäftigung. Hinsichtlich der Begründung wird auf den Bescheid Bezug genommen.

Dagegen erhob der Kläger am 3.2.2009 Widerspruch. Der Beigeladene zu 1) habe eine Ich-AG gegründet und lediglich Subunternehmerleistungen für ihn ausgeführt. Schriftliche Verträge habe es zwischen ihnen nicht gegeben. Der Beigeladene zu 1) sei nicht an seinem Betriebssitz tätig geworden. Er habe sich nicht an feste Arbeitszeiten halten müssen und keinem Weisungsrecht unterlegen. Er habe Aufträge ablehnen können und dies auch getan. Die Beklagte wies den Widerspruch mit Widerspruchsbescheid vom 9.2.2010 als unbegründet zurück. Auf den Inhalt des Widerspruchsbescheides wird Bezug genommen.

Der Kläger hat am 6.7.2010 bei dem zuständigen Sozialgericht (SG) Köln einen Schriftsatz eingereicht, mit dem er auf eine Klageerhebung vom 26.2.2010 Bezug nahm. Nachdem ihm das SG auf Antrag mit Beschluss vom 15.9.2010 Wiedereinsetzung in den vorigen Stand bezüglich der Klagefrist gewährt hat, hat er sein Begehren inhaltlich damit begründet, dass sich der Beigeladene zu 1) aus eigenem Antrieb ab April 2004 mit Fördermitteln der Beigeladenen zu 4) selbständig gemacht habe. Das habe er auch im Rahmen eines Rechtsstreites vor dem Amtsgericht (AG) Sinzig im Jahr 2008 so bestätigt. Der Beigeladene zu 1) habe im Übrigen weitere Auftraggeber gehabt, nämlich die Firma T Elektro-Service GmbH. Die Installation von Telefonanschlüssen könne selbständig wie abhängig beschäftigt ausgeübt werden. Grundsätzlich seien die Aufträge von eigenen Mitarbeitern durchgeführt worden. Der Beigeladene zu 1) sei aber zum Abbau von Auftragsspitzen stets in Zusammenhang mit der Telekom tätig geworden. Er sei nicht in die betrieblichen Abläufe integriert gewesen, da er nur in einem Geschäftszweig des klägerischen Unternehmens eingesetzt worden sei. Telefontechniker müssten bundesweit nach den gleichen Vorgaben der Telekom (Arbeitsanweisungen) tätig werden, insoweit seien dies nicht seine, des Klägers, Anweisungen. Die Weitergabe dieser Anweisungen sei der Telekom gegenüber nachzuweisen gewesen. Dies ergebe sich z.B. aus dem Verteiler der Arbeitsanweisung vom 10.2.2006. Entsprechendes gelte für die Arbeitsanweisung vom 19.7.2007, aus der eine tägliche Prüfung der Telekom folge. Unterschiede zu den festangestellten Monteuren zeigten sich z.B. in dem sich auf Abrechnungsmodalitäten beziehenden (undatierten) Schreiben der Tochter des Klägers (Bl. 13 Verwaltungsakte). Die "Information an alle Mitarbeiter" aus dem Jahr 2005 bzw. vom 24.3.2005 (Anlage zur Arbeitsanweisung) hätten sich hingegen nur an die angestellten Monteure des Klägers gerichtet. Eine Weiterleitung an die Subunternehmer sei nicht erforderlich gewesen, da diese gut daran getan hätten, sich ebenfalls dementsprechend zu verhalten, um Folgeaufträge nicht zu gefährden.

Die Installation habe regelhaft vormittags stattgefunden. Dies sei durch die Telekom bundesweit vorgegeben. Leistungsnachweise bzw. wöchentliche Arbeitsnachweise habe der Beigeladene zu 1) nicht für ihn, sondern aufgrund der Vorgaben der Telekom erstellt. In der Rechnungsstellung zeige sich, dass die Umsätze nicht mit einem arbeitnehmertypischen Gehalt vergleichbar gewesen seien. Festangestellte Monteure hätten bei ihm 1.100,00 Euro monatlich zuzüglich Akkordzuschläge verdient. Der Beigeladene zu 1) habe Ort und Zeit seiner

Tätigkeit selbst wählen können. Er habe entscheiden können, ob er den Auftrag annehme, sowie wann und wo er seine Tätigkeit ausübe. Er habe keine festen Arbeitszeiten gehabt und Aufträge nach 15 Uhr abgelehnt. Er habe einen eigenen Pkw für die Fahrten genutzt. Urlaub sei ihm nicht verweigert worden. Er habe seine Urlaubspläne aus organisatorischen Gründen jedoch mitzuteilen gehabt. Er habe für Mängel haften müssen.

Nachdem die Beklagte mit Bescheid vom 16.5.2012 die streitgegenständlichen Bescheide geändert und festgestellt hat, dass in der von dem Beigeladenen zu 1) seit dem 4.4.2004 ausgeübten Beschäftigung als Fernmeldetechniker bei dem Kläger Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung besteht, hat der Kläger beantragt,

den Bescheid vom 5.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9.2.2010, abgeändert durch den Bescheid vom 16.5.2012 aufzuheben und festzustellen, dass in der vom Beigeladenen zu 1) seit dem 4.4.2004 ausgeübten Tätigkeit als Fernmeldetechniker bei dem Kläger keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Krankenversicherung und Rentenversicherung, Pflegeversicherung sowie nach dem SGB III besteht.

Die Beklagte hat beantragt,

die Klage abzuweisen.

Sie hat an ihren Bescheiden festgehalten. Im Rahmen der vorzunehmenden Prüfung komme es nur auf die konkrete Rechtsbeziehung an. Das deutsche Recht kenne den Typus des universellen Selbständigen nicht. Daher sei unerheblich, ob der Beigeladene zu 1) auch für andere Auftraggeber tätig geworden sei. Er sei jedenfalls von dem Kläger im Bereich der Erstellung von Einzelkundenanschlüssen der Telekom eingesetzt worden. Grundlage dafür seien die Verträge der Telekom mit dem Kläger gewesen. Der Beigeladene zu 1) habe keinen Spielraum gehabt, sondern sich an die Vorgaben halten müssen. Er erscheine nach außen als Mitarbeiter des Klägers. Er habe keinen maßgeblichen Kapitaleinsatz geleistet. Dass er Rechnungen erstellt habe, beruhe darauf, dass die Beteiligten fehlerhaft vom Vorliegen einer selbständigen Tätigkeit ausgegangen seien.

Der mit Beschluss vom 17.1.2011 am Verfahren beteiligte Beigeladene zu 1) hat keinen Antrag gestellt. Er hat vorgetragen, dass die Tätigkeit sich zu seiner zuvor ausgeübten (unstreitig) abhängigen Beschäftigung nicht verändert habe. Er sei eingegliedert gewesen, habe Aufträge ausführen müssen, da er sonst keine weiteren Aufträge mehr erhalten hätte. Der Kläger habe ihn aufgefordert, sich selbständig zu machen. Er habe keine anderen Auftraggeber in dieser Zeit gehabt. Alle Rechnungen seien durchnummeriert gewesen. Einige habe der Kläger indes nicht gezahlt. Der Kläger habe ihm die Aufträge zugeteilt. Er sei allmorgendlich in der Firma erschienen, um seine Tagesaufträge abzuholen, die in einem Fach für ihn bereit gelegen hätten. Es habe Vorgaben zur Rechnungsstellung gegeben. Die Preisliste der Telekom sei zu verwenden gewesen. Arbeitsgebiete seien zugewiesen worden. Erst seit dem 2.11.2009 sei er für die Firma T tätig. Sein letzter Beschäftigungstag für den Kläger sei am 28.10.2009 gewesen.

Die mit Beschluss vom 6.6.2011 am Verfahren beteiligten Beigeladenen zu 2) bis 4) sind in der mündlichen Verhandlung nicht vertreten gewesen. Mit Urteil vom 26.10.2012 hat das SG die Klage abgewiesen. Auf die Entscheidungsgründe wird Bezug genommen.

Der Kläger hat gegen das ihm am 5.11.2012 zugestellte Urteil am 19.11.2012 Berufung eingelegt. Das SG habe unterstellt, dass der Beigeladene zu 1) die gleiche Tätigkeit schon vorher ausgeübt habe. Das sei nicht richtig. Angestellte Mitarbeiter des Klägers müssten komplexe Telekommunikationsanlagen planen und errichten. Dies sei anspruchsvoller als die Installation eines Telefonanschlusses in einem Privathaushalt. Der Beigeladene zu 1) sei nur beauftragt worden, wenn die eigenen Mitarbeiter die Aufträge der Telekom nicht hätten abarbeiten können. Er habe gegenüber dem Beigeladenen zu 1) die Preise nicht festgesetzt. Das sei die Telekom gewesen. Aus betriebswirtschaftlichen Gründen habe er an den Beigeladenen zu 1) dann nicht mehr zahlen können. Dem Beigeladenen zu 1) seien kein Fahrzeug und keine Materialien wie Telefon, Werkzeug oder Kleinteile zur Verfügung gestellt worden. Es habe ihm freigestanden, wann er einen Kunden betreue. Die Rahmenverträge mit der Telekom lägen grundsätzlich nicht mehr vor. Es hätten sich aber im Wesentlichen nur die finanziellen Konditionen geändert.

Nachdem die Beklagte am 8.4.2016 und am 17.8.2016 die streitgegenständlichen Bescheide nochmals dahingehend abgeändert hat, dass in der Zeit vom 8.11.2006 bis zum 6.2.2007 und ab dem 1.11.2009 keine Versicherungspflicht für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei dem Kläger besteht, beantragt der Kläger nunmehr,

das Urteil des Sozialgerichts Köln vom 26.10.2012 zu ändern und unter Aufhebung des Bescheides der Beklagten vom 5.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9.2.2009 und der Bescheide vom 16.5.2012 und 17.8.2016 festzustellen, dass der Beigeladene zu 1) aufgrund der für ihn ausgeübten Tätigkeit als Fernmeldetechniker in der Zeit vom 4.4.2004 bis zum 31.10.2009 nicht der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält das Urteil des SG für zutreffend.

Der Beigeladene zu 1) hat nach Zustellung des erstinstanzlichen Urteils am 2.11.2012 am 6.11.2012 beantragt, seine außergerichtlichen Kosten dem Kläger aufzuerlegen. Insoweit werde vorsorglich die "Berufung/Beschwerde gegen die Kostenentscheidung" des SG eingelegt. Der Antrag ist am 6.5.2014 zurückgenommen worden. Im Rahmen der mündlichen Verhandlung hat der Beigeladene zu 1) sich dem Antrag der Beklagten angeschlossen. In der Sache wiederholt und vertieft er seinen bisherigen Vortrag.

Auf Nachfrage haben die Beteiligten folgende Unterlagen und Informationen erteilt: Der Kläger hat u.a. exemplarische Leistungsnachweise

und Rechnungen vorgelegt. Die Leistungen der Monteure - unabhängig davon ob sie angestellt gewesen seien oder nicht - seien handschriftlich aufgezeichnet und zwischenzeitlich entsorgt worden. Sie seien per Telefax an den Kläger übermittelt worden. Dort habe man sie in einer Excel-Tabelle gesammelt, in der die Preise hinterlegt gewesen seien. Heute gäben die Techniker dies direkt in das Programm der Telekom ein. Dieses würde die Gesamtleistung des Klägers berechnen. Rechnungen würden direkt an die Telekom gestellt. Er hat für die Zeiträume 1.1.2004 bis einschließlich 31.12.2007 (Bescheid v. 3.11.2008) sowie für den 1.1.2008 bis einschließlich 31.12.2011 (Prüfmitteilung v. 8.11.2012) die Ergebnisse der jeweiligen Betriebsprüfung vorgelegt sowie einen exemplarischen Arbeitsvertrag eines angestellten Mitarbeiters. Zudem hat er ein Exemplar des Rahmenvertrages mit der Telekom vom 25.9.2008 eingereicht. Der Beigeladene zu 1) hat u.a. Kopien seines Mitarbeiterausweises sowie Ablichtungen seiner Dienstkleidung vorgelegt. Er hat ferner erklärt, dass er die seitens des Klägers erteilten Aufträge nicht vorlegen könne. Ferner hat er seine betriebswirtschaftlichen Auswertungen, Rechnungen und Gewerbean- bzw. -ummeldungen zur Akte gereicht. Im Übrigen wird auf die vorgelegten Unterlagen Bezug genommen.

Der Senat hat am 8.4.2016 einen Termin zur Erörterung des Sachverhaltes mit den Beteiligten durchgeführt, in welchem er den Kläger und den Beigeladenen zu 1) angehört hat. Auf die Sitzungsniederschrift wird Bezug genommen. Im Nachgang hat der Kläger die Allgemeinen Geschäftsbedingungen zum Telekom-Rahmenvertrag 2016 vorgelegt. Die streitigen Unterlagen lägen nicht mehr vor. Der Senat hat letztlich die Verwaltungsvorgänge der Beigeladenen zu 4) sowie Bestandteile der Akte des AG Sinzig (14 C 18/08) beigezogen.

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sach- und Streitstandes wird auf den Inhalt der Gerichtsakte, der Verwaltungsakte der Beklagten und der Beigeladenen zu 4), die jeweils Gegenstand der mündlichen Verhandlung gewesen sind, Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Der Senat hat in Abwesenheit der Beigeladenen zu 2) bis 4) verhandeln und entscheiden können, da er sie mit ordnungsgemäßen Terminsachrichten auf diese Möglichkeit hingewiesen hat.

Die Berufung des Klägers hat keinen Erfolg. Sie ist zwar zulässig und insbesondere gemäß den §§ 143, 144 Sozialgerichtsgesetz (SGG) statthaft und form- und fristgerecht erhoben worden (§§ 151 Abs. 1, Abs. 3, 64 Abs. 1, 3, 63 SGG): Die vollständig abgefasste Entscheidung ist dem Kläger am 5.11.2012 zugestellt worden. Die Berufungsschrift ist bei dem Landessozialgericht (LSG) Nordrhein-Westfalen am 19.11.2012 eingegangen.

Die Berufung ist jedoch unbegründet. Dabei ist die zuletzt gegen den Bescheid der Beklagten vom 5.1.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 9.2.2010 und der Bescheide vom 16.5.2012 und 17.8.2016, die nach § 96 SGG bzw. §§ 153, 96 SGG Gegenstand des Klage- und des Berufungsverfahrens geworden sind, gerichtete Klage zulässig. Statthafte Klageart ist die kombinierte Anfechtungs- und Feststellungsklage (§§ 54 Abs. 1 1. Alt., 55 Abs. 1 Nr. 1, 56 SGG). Die Klage ist auch fristgerecht erhoben worden, da das SG dem Kläger mit Beschluss vom 15.9.2010 Wiedereinsetzung in den vorherigen Stand in die Klagefrist nach § 67 SGG gewährt hat. Daran ist das Berufungsgericht gebunden (§ 202 SGG i.V.m. §§ 512, 557 Abs. 2 Zivilprozessordnung & 61531; ZPO & 61533;; Keller in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG, 11. Auflage, § 67 Rdnr. 19 m.w.N.).

Die Klage ist indessen unbegründet, da die angefochtenen Bescheide in der nunmehr gültigen Fassung rechtmäßig sind und den Kläger nicht im Sinne des § 54 Abs. 2 Satz 1 SGG beschweren. Denn die Beklagte hat im Rahmen des Antragsverfahrens nach § 7a Abs. 1 SGB IV formell (hierzu 1.) und materiell (hierzu 2.) rechtmäßig festgestellt, dass der Beigeladene zu 1) in seiner Tätigkeit für den Kläger als Fernmeldetechniker vom 4.4.2004 bis zum 7.11.2006 und vom 7.2.2007 bis zum 31.10.2009 der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hat.

1. Die Beklagte stützt sich als Ermächtigungsgrundlage auf § 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV. Danach können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Über den Antrag entscheidet abweichend von § 28h Abs. 2 SGB IV die Beklagte (§ 7a Abs. 1 Satz 2 SGB IV).

Die Beklagte ist auch nicht durch den vorgelegten Betriebsprüfungsbescheid vom 3.11.2008 (Prüfzeitraum 1.1.2004 bis 31.12.2007) und die Prüfmitteilung vom 8.11.2012 (1.1.2008 bis 31.12.2011) an einer Entscheidung gehindert gewesen (vgl. Senat, Urteil v. 25.11.2015, L 8 R 538/14; Senat, Urteil v. 30.4.2014, L 8 R 981/12; Senat, Urteil v. 13.1.2016, L 8 R 278/14, jeweils juris). Auch die Gewährung des Gründungszuschusses nach § 57 SGB III a.F. durch den Bewilligungsbescheid vom 20.4.2004 steht der Feststellung nicht entgegen (vgl. Senat, Urteil v. 22.4.2015, L 8 R 680/12; Senat, Urteil v. 12.3.2014, L 8 R 431/11, jeweils juris).

2. Die streitigen Bescheide sind auch materiell rechtmäßig. Die Beklagte hat zutreffend angenommen, dass der Kläger im Streitzeitraum der Versicherungspflicht in allen Zweigen der Sozialversicherung unterlegen hat. Der Versicherungspflicht in der Kranken-, Pflege-, Renten- und Arbeitslosenversicherung unterliegen Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind (§ 5 Abs. 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Fünftes Buch [SGB V], § 20 Abs. 1 Satz 2 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Elftes Buch [SGB XI], § 1 Satz 1 Nr. 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch [SGB VI], § 25 Abs. 1 Satz 1 SGB III).

a) Die Regelung des mit Wirkung zum 1.7.2009 durch Art. 1 Nr. 3b des Gesetzes zur Änderung des Vierten Buches Sozialgesetzbuch und anderer Gesetze vom 19.12.2007 (BGBl. I, 3024) aufgehobenen § 7 Abs. 4 Satz 1 SGB IV ist auf § 57 SGB III a.F. nicht anzuwenden. Gleiches gilt für § 7 Abs. 4 Satz 2 SGB IV (Senat, Urteil v. 12.3.2014, a.a.O.; Senat, Urteil v. 22.4.2015, a.a.O., jeweils juris).

b) Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer solchen Beschäftigung ist § 7 Abs. 1 SGB IV. Beschäftigung im Sinne von § 7 Abs. 1 SGB IV ist die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Anhaltspunkte für eine Beschäftigung sind eine Tätigkeit nach Weisungen und eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers. Voraussetzung ist, 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 selbständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das

Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (BSG, Urteil v. 30.12.2013, [B 12 KR 17/11 R](#), juris; Urteil v. 30.4.2013, [B 12 KR 19/11 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 21; Urteil v. 29.8.2012, [B 12 KR 25/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 17; Urteil v. 25.4.2012, [B 12 KR 24/10 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 15; BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), USK 2009-25; BSG, Urteil v. 18.12.2001, [B 12 KR 10/01 R](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 20; jeweils m.w.N.; zur Verfassungsmäßigkeit dieser Abgrenzung: BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), SozR 3-2400 § 7 Nr. 11).

Die Zuordnung einer Tätigkeit nach deren Gesamtbild zum rechtlichen Typus der Beschäftigung bzw. der selbständigen Tätigkeit setzt dabei voraus, dass alle nach Lage des Einzelfalls als Indizien in Betracht kommenden Umstände festgestellt, in ihrer Tragweite zutreffend erkannt und gewichtet, in die Gesamtschau mit diesem Gewicht eingestellt und nachvollziehbar, das heißt den Gesetzen der Logik entsprechend und widerspruchsfrei gegeneinander abgewogen werden (BSG, Urteil v. 29.7.2015, [B 12 KR 23/13 R](#); BSG, Urteil v. 19.8.2015, [B 12 KR 9/14 R](#), jeweils juris).

Bei der Feststellung des Gesamtbilds kommt dabei den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu (vgl. BSG, Urteil v. 29.8.2012, [a.a.O.](#), juris; ebenso Urteil v. 25.1.2006, [B 12 KR 30/04 R](#), USK 2006-8; Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), Die Beiträge, Beilage 2008, 333, 341 f.): Nach den vom BSG entwickelten Grundsätzen sind die das Gesamtbild bestimmenden tatsächlichen Verhältnisse die rechtlich relevanten Umstände, die im Einzelfall eine wertende Zuordnung zum Typus der abhängigen Beschäftigung erlauben. Ob eine "Beschäftigung" vorliegt, ergibt sich aus dem Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es im Rahmen des rechtlich Zulässigen tatsächlich vollzogen worden ist. Ausgangspunkt ist daher zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt. Eine im Widerspruch zu ursprünglich getroffenen Vereinbarungen stehende tatsächliche Beziehung und die hieraus gezogene Schlussfolgerung auf die tatsächlich gewollte Natur der Rechtsbeziehung gehen 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. In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen. Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so, wie sie praktiziert wird, und die praktizierte Beziehung so, wie sie rechtlich zulässig ist (BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#), juris; Senat, Urteil v. 29.6.2011, [L 8 \(16\) R 55/08](#); Senat, Urteil v. 24.9.2014, [L 8 R 1104/13](#); Senat, Urteil v. 30.4.2014, [L 8 R 376/12](#), jeweils juris).

Unter Berücksichtigung dieser Grundsätze und unter Abwägung aller Umstände des Einzelfalls sowohl in vertraglicher als auch in tatsächlicher Hinsicht sprechen nach der Überzeugung des Senates die überwiegenden Gesichtspunkte dafür, dass der Beigeladene zu 1) im streitgegenständlichen Zeitraum im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses für den Kläger tätig gewesen ist. Bei seiner Beurteilung legt der Senat die Angaben der Beteiligten, soweit sie glaubhaft waren, zugrunde und verwertet die beigebrachten und beigezogenen Schriftstücke im Wege des Urkundsbeweises.

aa) Auszugehen ist für die Beurteilung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für den Kläger von den mündlich getroffenen Vereinbarungen, die durch schriftliche Vereinbarungen vergleichbar dem Inhalt des Schreibens vom 25.9.2008 bzgl. der Preise und Einbeziehung der Vertragsbedingungen der Telekom ergänzt worden sind, und dem zwischen ihnen praktizierten Ablauf (vgl. BSG, Urteil v. 9.1.2011, [B 12 R 1/10 R](#), SozR 4-2600 § 2 Nr. 16). Dabei ist der Beigeladene zu 1) im Rahmen eines Dauerschuldverhältnisses in Gestalt eines Abrufarbeitsverhältnisses gemäß [§ 12 Abs. 1 Satz 1](#) Teilzeit- und Befristungsgesetz (TzBfG) tätig geworden, wonach Arbeitgeber und Arbeitnehmer vereinbaren können, dass der Arbeitnehmer seine Arbeitsleistung entsprechend dem Arbeitsanfall zu erbringen hat. Der Beigeladene zu 1) wurde von dem Kläger zur Deckung des durch die Telekom im Vertragsgebiet ausgelösten Bedarfs entsprechend dessen spezifischen Bedürfnissen und in diesem Sinne "auf Abruf" eingesetzt.

(1) Für dieses Verständnis spricht zunächst die Übereinkunft, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen der Auftragsbeziehung zwischen dem Kläger und der Telekom eingesetzt wurde. Dafür einigten sich der Kläger und der Beigeladene zu 1) schon zu Beginn ihrer Geschäftsbeziehung auf die Vergütung in Form einer Umsatzbeteiligung in Höhe von 80% der auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) entfallenden Umsätze des Klägers mit der Telekom. Die Preisabsprache wurde entsprechend dem Zyklus im Vertragsverhältnis zwischen dem Kläger und der Telekom auch gegenüber dem Beigeladenen zu 1) regelmäßig angepasst. Der grundsätzliche Leistungsumfang und dessen Abrechenbarkeit war dem Beigeladenen zu 1) nicht nur aus seiner vorangegangenen abhängigen Beschäftigung bei dem Kläger, sondern auch aus der sog. Preisliste für freie Mitarbeiter bekannt. Sein Einsatz erfolgte im Einsatzgebiet des Klägers und damit grundsätzlich, wenn nicht ausschließlich, in den Regionen Köln, Bonn und Aachen.

(2) Aus der Auswertung der durch den Beigeladenen zu 1) vorgelegten Rechnungen und Rechnungsübersichten ergeben sich Serviceeinsätze des Beigeladenen zu 1) für den Kläger über den gesamten Streitzeitraum. Die Rechnungsdaten decken im Wesentlichen diesen Zeitraum ab. Zeitweise stellte der Beigeladene zu 1) alle zwei Wochen Rechnungen, teilweise sogar wöchentlich. Die darin zum Ausdruck kommende Kontinuität der Einsätze des Beigeladenen zu 1) entspricht der Interessenlage der Beteiligten ab Beginn des Vertrages. Der Kläger war aufgrund der befristet abgeschlossenen Rahmenverträge mit der Telekom verpflichtet, deren Abrufe zu bedienen. Auf dieser vertraglichen Basis erhielt er von der Telekom zwischen 200 bis 300 Aufträge am Tag, die am Folgetag abzuarbeiten waren. Dies war dem Kläger mit zwei angestellten Monteuren nicht möglich, welche zudem überwiegend, aber nicht ausschließlich, die Aufträge des Klägers außerhalb der vertraglichen Beziehung zur Telekom abarbeiteten. Zur Bewältigung des dementsprechend entstandenen dauerhaften Auftragsüberhangs bediente sich der Kläger u.a. des Beigeladenen zu 1). Dieser war seinerseits auf den regelmäßigen Bezug von Einnahmen in einer bestimmten Höhe angewiesen. Das gilt insbesondere vor dem Hintergrund, dass sich der Senat im Streitzeitraum nicht von weiteren Auftraggebern des Beigeladenen zu 1) überzeugen konnte. Der Beigeladene zu 1) wurde danach von dem Kläger zur Deckung des durch die Telekom im maßgeblichen Gebiet ausgelösten Bedarfs nach seinen spezifischen Bedürfnissen und in diesem Sinne auf Abruf eingesetzt.

(3) Bis auf den Zeitraum vom 8.11.2006 bis zum 6.2.2007 hat sich der Senat nicht davon überzeugen können, dass der Beigeladene zu 1) Aufträge des Klägers in einem erheblichen Umfang abgelehnt hat. Für den genannten Zeitraum hat der Beigeladene zu 1) jedoch nachvollziehbare Gründe, nämlich eine Rehabilitationsmaßnahme aufgrund einer Herzerkrankung, dargelegt. Doch auch wenn der

Beigeladene zu 1) im Übrigen Aufträge des Klägers abgelehnt hätte, steht dies der Annahme eines Abrufarbeitsverhältnisses nicht entgegen. Bereits [§ 12 Abs. 2 TzBfG](#) regelt, dass der Arbeitnehmer nur zur Arbeitsleistung verpflichtet ist, wenn der Arbeitgeber ihm die Lage seiner Arbeitszeit jeweils mindestens vier Tage im Voraus mitteilt. Daran fehlt es vorliegend. Unabhängig davon entspricht es der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG), dass ein (Dauer-)Arbeitsverhältnis auch dann entstehen kann, wenn die einzelnen Einsätze jeweils vorher verabredet werden, solange der Arbeitnehmer häufig und über einen längeren Zeitraum herangezogen wird, er von seinem Ablehnungsrecht in der Regel keinen Gebrauch macht und darauf vertrauen kann, auch in Zukunft herangezogen zu werden (BAG, Urteil v. 22.4.1998, [5 AZR 92/97](#), [AP Nr. 25 zu § 611 BGB](#) Rundfunk; Senat, Urteil v. 11.2.2015, [L 8 R 968/10](#), juris). Auch davon ist im Streitzeitraum auszugehen.

(4) Schließlich ist die zwischen dem Beigeladenen zu 1) und dem Kläger vereinbarte Vergütung, so wie sie sich im Rahmen einer durchschnittlichen monatlichen Bewertung darstellt - trotz der vorhandenen Schwankungen - mit der eines festgestellten Mitarbeiters des Klägers durchaus vergleichbar. Diese erhielten nach Angaben des Klägers ein Bruttofestgehalt von 1.100,00 Euro im Monat zzgl. variabler Zahlungen, die einen monatlichen Aufschlag von bis zu 1.000,00 Euro ergeben könnten. Die durchschnittlichen Nettorechnungsbeträge des Beigeladenen zu 1) lagen demgegenüber monatlich zwischen 1.787,46 Euro im Jahr 2009 und 2.918,14 Euro im Jahr 2007.

bb) Auf dieser Grundlage ist der Beigeladene zu 1) unter funktionsgerecht dienender Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Klägers entsprechend dessen Weisungen hinsichtlich Ort, Zeit und Art der Arbeit tätig geworden.

(1) Der Beigeladene zu 1) war zunächst in die Arbeitsorganisation des Klägers eingegliedert.

(a) Er wurde zur Erfüllung der Vertragspflichten des Klägers gegenüber der Telekom tätig. Dafür trat er gegenüber den Kunden der Telekom im Namen des Klägers und im Auftrag der Telekom auf. Dies folgt bereits u.a. aus den vorgelegten Kopien des jeweiligen Hausausweises der Telekom der Jahre 2003, 2006 und 2008, auf welchem als Firmenname "C" erscheint sowie aus der zur Akte gereichten Ablichtung der Dienstkleidung (Aufschrift "Telekommunikation G C").

(b) Die Koordination der Arbeitseinsätze des Beigeladenen zu 1) sowie die konkrete Arbeitszuteilung an ihn erfolgten über den Kläger und zwar insbesondere über die für die Zuweisung der Einzelaufträge zuständigen Kinder des Klägers. Dort wurden die Aufträge nach Bezirk und Fahrtrichtung vorsortiert sowie auf die Subunternehmer und die angestellten Monteure verteilt. Terminabsprachen mit den Endkunden wurden durch die Telekom vorgenommen, dem Kläger vor- und von diesem weitergegeben. Eigene Terminabsprachen durfte der Beigeladene zu 1) nicht treffen. Dies galt auch für den Fall, dass Termine aus organisatorischen oder technischen Gründen nicht gehalten werden konnten. Die Terminvergabe fand auch in diesen Fällen über die Telekom statt und damit durch den Vertragspartner des Klägers.

Nach Auftragserfüllung erfolgte in jedem Einzelauftrag eine telefonische Rückkopplung des Beigeladenen zu 1) mit dem Kläger bzw. dessen Mitarbeitern (später durch elektronisches Rechnungsaufmaß ersetzt), im Rahmen derer der Beigeladene zu 1) die Art der Leistungen beim Endkunden mitteilte. Die Informationen wurden im klägerischen Unternehmen in das System gepflegt und an die Telekom zur Prüfung weitergeleitet. Bei Freigabe konnte der Beigeladene zu 1) auf dieser Basis abrechnen.

(c) Der Beigeladene zu 1) hatte Service-Montage-Berichte (kurz: SMB) zu führen und von den Endkunden unterzeichnen zu lassen. Diese wurden auf Klägerseite eingescannt und bei der Telekom für Reklamationsfälle archiviert.

(d) Die Aufnahme des Beigeladenen zu 1) in den Verteiler der sog. Arbeitsanweisungen neben den angestellten Monteuren des Klägers belegt ebenfalls eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Klägers. Dabei kann offenbleiben, ob die Arbeitsanweisung des Jahres 2005 an den Beigeladenen zu 1) gerichtet gewesen ist. Zunächst indiziert das Schreiben vom 25.9.2008 den grundsätzlichen Willen des Klägers, Vorgaben der Telekom (dort die Vertragsbedingungen der Telekom) an den Beigeladenen zu 1) weiterzugeben. Entsprechende Schriftstücke hat es nach Angaben des Klägers bei Preisanpassungen der Telekom regelmäßig gegeben. Zudem hat der Kläger selbst mitgeteilt, dass es im Interesse des Beigeladenen zu 1) gelegen habe, sich mit dem Inhalt der Anweisungen konform zu verhalten, da er sonst keine Folgeaufträge mehr erhalten hätte. Nichts anderes folgt dazu aus der Erörterung vor dem Senat, im Rahmen derer der Kläger bestätigt hat zu kontrollieren, ob sich die Monteure ordnungsgemäß verhalten, und zwar nicht nur bei seinen angestellten Monteuren, sondern auch bei den Subunternehmern. Dies bezieht sich auf Vorgaben wie z.B. das Tragen des Dienstausweises und das Verhalten der Monteure beim Kunden. Dazu fügt sich wiederum, dass der Beigeladene zu 1) für den Kläger am 4.6.2005 an einem Workshop "Softskills für Auftragnehmer" teilgenommen hat, bei dem u.a. der in der Anlage zur Arbeitsanweisung v. 24.3.2005 aufgeführte sog. Courtesy Call thematisiert worden ist.

Vor diesen Hintergrund hat der Senat keine Zweifel, dass sich der Beigeladene zu 1) zumindest an die sich aus den Arbeitsanweisungen ergebenden Vorgaben zu halten hatte, nämlich über den Ablauf der Tätigkeit (Anweisung zum Arbeitsbeginn, Zeitpunkte der Rückmeldung und Übergabe der Tageslisten), zum Erscheinungsbild und Auftreten des Monteurs beim Kunden, die "mit Überzeugung von den Monteuren der Firma C einzuhalten" sind, wie "Lächeln beim Antritt beim Kunden", "Anrede des Kunden mit Namen mindestens drei Mal im Verlauf" (Anlage zur Arbeitsanweisung v. 24.3.2005), zum Zustand des Fahrzeuges und zur Handhabung des Service-Montage-Berichtes ("vollständig, sauber, ordentlich und nach dem vorgegebenen Algorithmus und lesbar ausgefüllt" [Arbeitsanweisung v. 10.2.2006]), zum elektronischen Rechnungsaufmaß (ERA) und zur Vorstellung beim Kunden ("Fernmeldetechnik C Ihr Name im Auftrag der Telekom" [Ziff. 8 der Arbeitsanweisung v. 19.7.2007]), zur Rechnungsstellung (undatiert) sowie zur Urlaubsplanung ("bitte beachten Sie, dass die Einreichung des Antrages keine Zusage ist". [Anweisung v. 2.1.2008]).

(e) Soweit der Kläger vorträgt, dass er nur Vorgaben der Telekom weitergeleitet habe, ist dies nicht maßgeblich. Denn allein der Kläger trat nach außen hin als verantwortlicher Vertragspartner der Telekom und gegenüber dem Endkunden als deren durchführender Vertragspartner auf. Er hatte sich gegenüber der Telekom zur Erfüllung einschließlich der angesprochenen Nebenpflichten verpflichtet. Der Beigeladene zu 1) nutzte insofern nicht lediglich einen durch den Kläger bereitgestellten Vertriebsweg, denn eigene Aufträge konnte er - unabhängig vom Kläger - im Rahmen dieser Vertragsstruktur nicht akquirieren. Seine Tätigkeiten beim Endkunden wurden im Verhältnis zwischen ihm und dem Kläger allein durch diesen in der beschriebenen Weise herbeigeführt, finanziell abgewickelt und so organisatorisch im Wesentlichen in die Hand genommen (vgl. dazu BSG, Urteil v. 24.3.2016, [B 12 KR 20/14 R](#), juris).

cc) Aufgrund der konkreten Arbeitszuteilung durch den Kläger bestimmte dieser auch in einseitiger Ausübung seines Direktionsrechts, wo, wann und von welcher Dauer der Beigeladene zu 1) welche Tätigkeit wie auszuführen hatte. Der Beigeladene zu 1) hatte nicht einmal die Gestaltungsfreiheit, selbst Termine zu vereinbaren bzw. vereinbarte Termine mit dem Endkunden zu verschieben. In der Art und Weise der Ausführung der Aufträge bestand ebenfalls keine Gestaltungsfreiheit, da es sich stets schematisch um den Anschluss von Telefonanschlüssen beim Endkunden handelte. Die Ergebnisse waren gegenüber dem Kläger zu dokumentieren. Die Durchführung dieser Arbeiten ist bei allen Monteuren des Klägers unabhängig davon, wie deren sozialversicherungsrechtlicher Status vom dem Kläger beurteilt wurde, identisch.

(1) Dass der Kläger nur eigene Vertragspflichten gegenüber der Telekom an den Beigeladenen zu 1) weitergeleitet hat, spricht in der vorliegenden Ausgestaltung gerade dafür, dass ihm die Rechtsmacht zustand, dem Kläger Weisungen zu erteilen. Das folgt bereits aus den Erläuterungen des Klägers im Rahmen der Erörterung vor dem Senat. Danach hat er die Arbeiten der Mitarbeiter einschließlich der Subunternehmer kontrolliert. Er unterhält seit 30 Jahren eine Vertragsbeziehung zur Telekom und hätte sich eher von den entsprechenden Monteuren getrennt als diese zu gefährden. Es lag zur Überzeugung des Senats daher im Bestreben des Klägers, sich entsprechenden Einfluss auf alle Monteure und damit auch auf den Beigeladenen zu 1) zu sichern und diesen Einfluss zur Sicherung der eigenen Vertragsbeziehung auch auszuüben. Nichts anderes folgt aus den schriftlichen Arbeitsanweisungen und der Einbeziehung der Vertragsbedingungen im Schreiben vom 25.9.2008.

(2) Etwas anderes ergibt sich auch nicht daraus, dass der Beigeladene zu 1) Aufträge ablehnen konnte. Dadurch wurde er nicht in der Lage versetzt, den Inhalt seiner Tätigkeit zu bestimmen und die Art der Tätigkeit weisungsfrei auszuüben. Der Beigeladene zu 1) hat glaubhaft vorgetragen, dass Aufträge - wenn überhaupt - grundsätzlich aus Krankheitsgründen abgelehnt worden sind. Im Übrigen war der Kläger aufgrund des zuverlässigen Stroms an Telekomaufträgen auf zuverlässige Monteure angewiesen. Gegenteiliges ist weder ersichtlich noch wurde es entsprechend dargelegt und nachgewiesen.

(3) Wesentliche Unterschiede zu den festangestellten Monteuren des Klägers bezüglich Art und Weise, Ort und Zeit der Auftragsdurchführung für die Telekom sind gleichfalls nicht zu ersehen. Diese liegen auch nicht darin begründet, dass die angestellten Monteure bei dem Kläger einem gegenüber dem Beigeladenen zu 1) erweiterten Aufgabenfeld nachgehen. Denn würde dem gefolgt, hinge die Statusentscheidung von der unternehmerischen Entscheidung des Klägers ab, den bisherigen Geschäftsbetrieb aufrechtzuerhalten oder unter Aufgabe des weiteren Geschäftszweigs allein die Aufträge der Telekom zu bedienen (vgl. Senat, Urteil v. 12.3.2014, [a.a.O.](#), juris).

(4) Der Beigeladene zu 1) hat seine Tätigkeit grundsätzlich höchstpersönlich ausgeführt. Die Möglichkeit, Dritte zur Leistungserbringung einzusetzen zu dürfen, stellt nur eines von mehreren im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Anzeichen dar, das gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spricht (vgl. BSG Urteil v. 17.12.2014, [B 12 R 13/13 R](#), SozR 4-2400 § 28p Nr. 4; BSG, Urteil v. 31.3.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), USK 2015-21). Dass der Beigeladene zu 1) vorliegend die prinzipielle Möglichkeit gehabt hat, Dritte zur Auftragsausführung einzusetzen, begegnet erheblichen Zweifeln. Die Interessen des Klägers waren, wie er im Rahmen der Erörterung vor dem Senat selbst klargestellt hat, darauf gerichtet, die Vertragsfortführung mit der Telekom nicht zu gefährden. Insofern hat er großen Wert auf die Kontrolle der eingesetzten Monteure gelegt. Dass er insofern zugestimmt hat, durch den Beigeladenen zu 1) ausgesuchte Dritte einzusetzen, ohne sich einen direkten Einfluss auf diese sichern zu können, widerspricht dieser Interessenlage beträchtlich. Dies kann jedoch letztlich offen bleiben. Da der Beigeladene zu 1) von dieser behaupteten Möglichkeit keinen Gebrauch gemacht hat, ist der dadurch ggf. geschaffene Gestaltungsspielraum für das Gesamtbild der Tätigkeit jedenfalls nicht als prägend anzusehen (BAG, Urteil v. 19.11.1997, [5 AZR 653/96](#), [BAGE 87, 129](#), Rdnr. 125).

dd) Der Senat kann offen lassen, ob im Streitzeitraum der Beigeladene zu 1) weitere Rechtsbeziehungen zu anderen Vertragspartnern unterhielt und wie diese zu qualifizieren sind. Denn das Gesetz kennt auch im Rahmen abhängiger Beschäftigungen Tätigkeiten, die zeitlich begrenzt nacheinander oder nebeneinander ausgeübt werden (vgl. [§ 8 Abs. 2 SGB IV](#), [§ 27 Abs. 3 Nr. 1 SGB III](#)).

ee) Maßgebliche Gesichtspunkte, die für eine selbständige Tätigkeit sprechen und in der Gesamtabwägung ein erhebliches Gewicht erlangen würden, sind nicht ersichtlich.

(1) Der Beigeladene zu 1) verfügte zunächst nicht über eine eigene Betriebsstätte. Die Gewerbeanmeldung erfolgte unter seiner Wohnanschrift. Es wurden als Raumkosten im Rahmen der Einnahmen-Überschussrechnungen die eines häuslichen Arbeitszimmers angegeben. Soweit der Beigeladene zu 1) damit über ein solches verfügte, von welchem aus er seine berufliche Tätigkeit koordinierte und wo er ggf. eine Büroausstattung mit Computer, Drucker, Telefon und Akten vorhielt, geht dies nicht über das hinaus, was in der modernen Lebenswirklichkeit auch in vielen privaten Haushalten beschäftigter Arbeitnehmer vorzufinden ist, und ist nicht qualitativ mit einer festen Geschäftseinrichtung oder Anlage zu vergleichen, die dem Betrieb eines Unternehmens dient (vgl. [§ 12 Satz 1](#) Abgabenordnung [AO]; BSG, Urteil v. 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr. 25 m.w.N.; Senat, Urteil v. 6.4.2016, [L 8 R 355/14](#)).

(2) Der Beigeladene zu 1) verfügte auch nicht über ein eigenes maßgebliches Unternehmerrisiko. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG (vgl. z.B. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), USK 2008-45) ist maßgebliches Kriterium hierfür, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der tatsächlichen und persönlichen Mittel also ungewiss ist. Erforderlich ist ein Risiko, das über das Risiko hinausgeht, für den Arbeitseinsatz kein Entgelt zu erzielen. Allerdings ist ein unternehmerisches Risiko nur dann Hinweis auf eine selbständige Tätigkeit, wenn diesem Risiko auch größere Freiheiten in der Gestaltung und der Bestimmung des Umfangs beim Einsatz der eigenen Arbeitskraft gegenüberstehen (vgl. BSG, Urteil v. 28.5.2008, [a.a.O.](#), BSG, Urteil v. 28.9.2011, [a.a.O.](#)).

(a) Er setze zunächst nicht seine Arbeitskraft mit der Gefahr des Verlustes ein, denn er wurde für diese umsatzabhängig vergütet. Er erhielt 80% der durch die Telekom geprüften Rechnungssumme des Klägers, die er zuvor erwirtschaftet hatte. Seine Verdienstmöglichkeiten konnte er nur durch die Übernahme weiterer Aufträge steigern und damit durch Mehrarbeit. Fahrtkosten erhielt er im Rahmen einer Pauschale ersetzt (vgl. z.B. Rechnung v. 1.6.2005, Rechnungsnummer 0022, Position 011 Anfahrt zum Kunden). Kapital hat der Beigeladene zu 1) nicht in ausschlaggebendem Maße mit der Gefahr des Verlustes eingesetzt. Soweit eigenes Material verwandt worden ist, handelte es sich im Wesentlichen um Verlegematerial und Werkzeuge von untergeordnetem Wert.

(b) Mangelnde Ansprüche auf Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall und bei Urlaub sind nicht maßgeblich. Sie sind nur dann ein gewichtiges Indiz für unternehmerisches Handeln, wenn damit auch tatsächliche Chancen einer Einkommenserzielung verbunden sind, also eine Erweiterung der unternehmerischen Möglichkeiten stattfindet (BSG, Urteil v. 11.3.2009, [B 12 KR 21/07 R](#); BSG, Urteil v. 25.1.2001, [B 12 KR 17/00 R](#), juris; Senat, Urteil v. 20.7.2011, [L 8 R 534/10](#), jeweils juris). Hierfür ist im vorliegenden Fall jedoch nichts ersichtlich.

(c) Ob der Beigeladene zu 1) dem Risiko einer Mängelhaftung und Schadensersatzforderungen des Klägers im Falle der Schlechtleistung ausgesetzt war, kann letztlich offen bleiben, denn auch die Haftung für Pflichtverletzungen ist für Arbeitnehmer nicht untypisch (BAG GS, Beschluss v. 27.9.1994, [GS 1/89](#) (A), AP Nr. 103 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers, BAG, Urteil v. 25.9.1997, [8 AZR 288/96](#), AP Nr. 111 zu § 611 BGB Haftung des Arbeitnehmers; Senat, Urteil v. 30.4.2014, [a.a.O.](#)).

(3) Der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) ein Gewerbe angemeldet hat, spricht gleichfalls nicht entscheidend für eine selbständige Tätigkeit, da dieses formale Kriterium für die Beurteilung der tatsächlichen Ausgestaltung der zu beurteilenden Tätigkeit ohne wesentliche Aussagekraft ist. Der sozialversicherungsrechtliche Status eines Betriebsinhabers wird seitens der Gewerbeaufsicht nicht geprüft (Senat, Urteil v. 17.12.2014, [L 8 R 463/11](#); Senat, Urteil v. 11.5.2016, [L 8 R 975/12](#), jeweils juris).

(4) Ob der Beigeladene zu 1) gegenüber dem AG Sinzig im Rahmen seines Antrags auf Gewährung eines Gründungszuschusses ebenso wie im Widerspruch gegen den Rückforderungsbescheid der Beigeladenen zu 4) die Rechtsansicht vertreten hat, er sei selbständig, ist vorliegend nicht entscheidend.

Der Wille, eine selbständige Tätigkeit zu begründen, ist grundsätzlich kein maßgebendes Kriterium. Nur wenn der Abwägungsprozess kein Überwiegen von Gesichtspunkten für einen Status ergibt, gibt der Wille der Beteiligten den Ausschlag. Ansonsten unterliegt der sozialversicherungsrechtliche Status keiner uneingeschränkten Dispositionsfreiheit der Beteiligten (BVerfG, Beschluss v. 20.5.1996, [1 BvR 21/96](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr. 11](#)). Sozialversicherungsrecht ist öffentliches Recht und steht auch nicht mittelbar dadurch zur Disposition der am Geschäftsleben Beteiligten, dass diese durch die Bezeichnung ihrer vertraglichen Beziehungen über den Eintritt oder Nichteintritt sozialrechtlicher Rechtsfolgen verfügen können (Segebrecht in jurisPK, SGB IV, 3. Aufl. 2016, § 7 Rdnr. 93). Der besondere Schutzzweck der Sozialversicherung und ihre Natur als eine Einrichtung des öffentlichen Rechts schließen es grundsätzlich aus, über die rechtliche Einordnung allein nach dem Willen der Vertragsparteien, ihren Vereinbarungen oder ihren Vorstellungen hierüber zu entscheiden (BSG, Urteil v. 3.4.2014, [B 5 RE 9/14 R](#), Rdnr. 47).

Der Kläger kann sich diesbezüglich auch nicht auf ein rechtsmissbräuchliches Verhalten des Beigeladenen zu 1) berufen. Zwar haben die Vertragsparteien das Rechtsverhältnis einvernehmlich ab April 2004 als vermeintlich selbständig gelebt. Jedoch obliegt dem Kläger als möglichen Arbeitgeber die Prüfung der Versicherungspflicht. Er hätte sich rechtzeitig Rechtssicherheit durch eine Antragstellung nach [§§ 7a, 28h SGB IV](#) verschaffen können.

c) Weitere in die Gesamtabwägung einzustellende Gesichtspunkte sind nicht ersichtlich. Insgesamt zeigt die Bewertung und Gewichtung der relevanten Abgrenzungsmerkmale unter Berücksichtigung der durch den Senat festgestellten, tatsächlich praktizierten Rechtsbeziehung, dass diese im gesamten Streitzeitraum im Wesentlichen der einer abhängigen Beschäftigung entsprach, wogegen Aspekte, die für eine selbständige Tätigkeit stehen, nicht in einem im Rahmen der Gesamtabwägung überwiegenden Umfang vorhanden waren.

3. Anhaltspunkte für eine Versicherungsfreiheit bestehen nicht. Insbesondere ist eine hauptberufliche Selbständigkeit nach [§ 5 Abs. 5 SGB V](#) nicht in Betracht zu ziehen. Ein späterer Beginn der Versicherungspflicht nach [§ 7a Abs. 6 SGB IV](#) bzw. § 7b SGB IV a.F. kommt mangels Zustimmung des Beigeladenen zu 1) und Einhaltung der Monatsfrist nicht in Betracht.

Die Kostenentscheidung beruht auch für das Berufungsverfahren auf [§ 197a Abs. 1 Satz 1 SGG](#) i.V.m. den [§§ 154 Abs. 1, 3, 163 Abs. 3](#) Verwaltungsgerichtsordnung. Zwar ist ein Rechtsstreit, der unter anderem durch einen potentiell Versicherten geführt wird, gerichtskostenfrei (Senat, Beschluss v. 24.3.2011, [L 8 R 1107/10 B](#), juris; Senat, Urteil v. 19.8.2015, [L 8 R 726/11](#), juris). Allerdings war vorliegend der Schriftsatz des Beigeladenen zu 1) nicht als Berufungseinlegung sondern als Antrag auf Urteilsergänzung nach [§ 140 SGG](#) auszulegen. Für die Auslegung ist der objektive Erklärungswert maßgeblich. Der Wortlaut - hier "Berufung/Beschwerde" - steht der Auslegung dann nicht entgegen, wenn das eingelegte Rechtsmittel nicht in Betracht kommt (Leitherer in: Meyer-Ladewig/Keller/Leitherer, SGG 11. Auflage, Vor § 143 Rdnr. 15b). Das ist vorliegend der Fall, denn eine Berufung gegen die Kostenentscheidung des SG ist nach [§ 144 Abs. 4 SGG](#) ausgeschlossen ebenso wie eine Beschwerde gegen Urteile nach [§ 172 Abs. 1 SGG](#) nicht zulässig ist.

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

Der Streitwert bestimmt sich gemäß [§ 197a SGG](#) i.V.m. [§ 52 Abs. 1, 3](#) Gerichtskostengesetz (GKG).

Rechtskraft

Aus

Login

NRW

Saved

2017-07-11