

L 11 KR 3007/11

Land
Baden-Württemberg
Sozialgericht
LSG Baden-Württemberg
Sachgebiet
Krankenversicherung
Abteilung
11
1. Instanz
SG Stuttgart (BWB)
Aktenzeichen
S 25 R 7696/09
Datum
28.04.2011
2. Instanz
LSG Baden-Württemberg
Aktenzeichen
L 11 KR 3007/11
Datum
14.02.2012
3. Instanz
Bundessozialgericht
Aktenzeichen

-
Datum

-
Kategorie
Urteil

Leitsätze
Eine Tätigkeit als EDV-Systemingenieur ist nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch als freier Mitarbeiter möglich.

Fehlen typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung wie zB festes Monatsgehalt, Urlaubsregelungen und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall, so bedeutet dies nicht, dass bereits deshalb keine abhängige Beschäftigung mehr vorliegt. Ist die nach dem Vertrag geschuldete Leistung derart unbestimmt, dass sie erst durch weitere Vorgaben oder eine Eingliederung in den (Projekt-)Betrieb konkretisiert wird, ist dies ein gewichtiges Indiz für eine abhängige Beschäftigung.

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 28.04.2011 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Die Klägerin trägt die Kosten des Verfahrens in beiden Instanzen mit Ausnahme der außergerichtlichen Kosten der Beigel zu 1) bis 4).

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

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob der Beigeladene zu 1) in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 bei der Klägerin sozialversicherungspflichtig beschäftigt war.

Der am 13.03.1963 geborene Beigeladene zu 1) ist gelernter Diplomingenieur (FH) für Feinwerktechnik mit der Fachrichtung "Allgemeine Feinwerktechnik". Seit dem 01.07.1994 arbeitet er als EDV-Systemingenieur und bietet EDV-Ingenieurleistungen sowie Projektplanungen und -durchführungen an. Hierbei hat er sich auf Storage-Area-Network (SAN) bzw Speichernetzwerke spezialisiert. In der Zeit von 1991 bis September 2008 wurde er von unterschiedlichen Unternehmen als Entwickler, Systemingenieur, Senior Consultant, Trainer, Projektkoordinator, Solution Architekt sowie als Coach beauftragt (ua für folgende Unternehmen: C./C.-Center D. C. GmbH, E. P., E., D. D., Dr P., A. B., I. GmbH, C. AG, P. AG, E., S. F., M. und Q.). Im Zeitraum von Mai 2009 bis Oktober 2011 zählten zu seinen Kunden die Firmen A., M. Re und die Anwaltskanzlei F. B. D. L ...

Die Klägerin, die 1989 als AG gegründet wurde, ist ein international ausgerichtetes Beratungs- und Dienstleistungsunternehmen und zählt nach ihren eigenen Angaben zu den zehn führenden mittelständischen Informations- und Kommunikationsdienstleistern in Deutschland. Sie bietet IT-Services und Lösungen an. Zur Zeit beschäftigt sie (im Rahmen ihrer Gruppe) ca. 455 fest angestellte und ca. 300 freie Mitarbeiter (vgl www.s...de/ueber-uns/unternehmen.html, recherchiert am 02.02.2012).

Der Beigeladene zu 1) war in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 als EDV-Systemingenieur für die Klägerin tätig. Diese führte bei der P. Produktions GmbH (Endkundin) ein Projekt sowohl mit bei ihr fest angestellten als auch freien Mitarbeitern durch. Der Beigeladene zu 1) war im Rahmen dieses Projekts für die Klägerin bei der Endkundin tätig. Die Tätigkeit umfasste die Beratung und Unterstützung des Stagemanagements sowie IT-Consultingleistungen für Konzeption und Betrieb von Massenspeichersystemen bei der Endkundin. Werkziele waren die Einrichtung eines SAN-Reportings, die Migration einer Transcoding-Serverfarm sowie ab Februar 2009 die Planung und Durchführung der Migration von bestehenden Storage-Systemen auf Neustorage-Systeme. Der Beigel zu 1) schloss deshalb als

"Auftragnehmer" mit der Klägerin als "Auftraggeberin" eine Vereinbarung, wonach der Beigeladene zu 1) mit einem geplanten Leistungszeitraum vom 01.10. bis 31.12.2008 und einem geplanten Leistungsumfang von 520 Stunden zu einem Stundensatz von 80,00 EUR pro Stunde (Gesamtvolumen 41.600,00 EUR) bei der Endkundin für die Klägerin tätig werde. Der als "Beauftragung" überschriebene Vertrag lautet auszugsweise wie folgt (Bl 24 bis 27 der Verwaltungsakte):

"Leistungsbeschreibung: Beratung und Unterstützung im Störungsmanagement des Kunden.

Vertragsbedingungen:

1. "Gegenstand des Vertrages (der Beauftragung)/Leistungsumfang a. Der Auftraggeber beauftragt den Auftragnehmer, die unter dem Kapitel `Leistungsbeschreibung´ näher beschriebenen Beratungs- und Dienstleistungen zu erbringen. Der angegebene Leistungszeitraum und -umfang sind nicht zwingend. Der Auftragnehmer hat keinen Anspruch auf die maximale Vergütung. Der Auftraggeber ist berechtigt, aber nicht verpflichtet, den geplanten Leistungsumfang voll auszuschöpfen. b. () a. Der Auftragnehmer wird für den Auftraggeber als freier Mitarbeiter tätig. Ein Anstellungsverhältnis wird nicht begründet. b. () c. Der Auftragnehmer ist frei darin, auch für andere Auftraggeber tätig zu sein. Der Auftragnehmer erfüllt seine Aufgaben eigenverantwortlich. d. Sollte der Auftragnehmer an der Auftragsbefreiung gehindert sein, verpflichtet er sich, den Auftraggeber rechtzeitig darüber zu informieren. Der Auftragnehmer kann sich bei der Erfüllung seiner Aufgaben auch anderer Personen bedienen, die die erforderliche fachliche Qualifikation besitzen, er bleibt jedoch für die ordnungsgemäße Erfüllung der vertraglichen Leistungen gegenüber dem Auftraggeber verantwortlich. e. Im Leistungsnachweis sind der Einsatzort sowie der Umfang der Tätigkeit für jeden Einsatztag entsprechend auszuweisen. 2. Laufzeit des Vertrags/Kündigung a. Dieser Vertrag kann aus wichtigem Grund, insbesondere wichtigen wirtschaftlichen Gründen wie der Stornierung des Gesamtauftrags durch den Kunden des Auftraggebers oder, wenn die entsprechend der Leistungsbeschreibung geforderte Qualität und Quantität nicht erfüllt werden, ohne Frist durch den Auftraggeber schriftlich gekündigt werden. () b. Unabhängig vom Recht der Kündigung aus wichtigem Grund kann der Vertrag vom Auftraggeber mit einer Frist von einem Monat zum Monatsende gekündigt werden. () 3. Abrechnung/Rechnungstellung a. Der Auftragnehmer wird monatlich Rechnungen stellen. () b. Die monatliche Abrechnung erfolgt nach Aufwand auf Basis der von dem Auftraggeber oder dessen Kunden gegengezeichneten Leistungsnachweise, die den Rechnungen beizufügen sind. Der Leistungsnachweis () ist spätestens am 3. Arbeitstag des Folgemonats vorzulegen. () 6. Betriebshaftpflichtversicherung/Versicherung Der Auftragnehmer verpflichtet sich zum Abschluss einer separaten Betriebshaftpflichtversicherung. () 7. Sonstiges/Schlussbestimmungen d) Im Übrigen gelten die `Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Subunternehmer´, einsehbar unter <http://www.s...de/fileadmin/s./Subunternehmer.pdf>."

Am 29.12.2008 schlossen die Klägerin und der Beigeladene zu 1) eine weitere als "Beauftragung" überschriebene Vereinbarung über die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) im Leistungszeitraum vom 02.01. bis 30.06.2009 mit einem geplanten Leistungsumfang von 1024 Stunden und einem Stundensatz von 80,00 EUR pro Stunde (Gesamtvolumen 81.920,00 EUR) bei der Endkundin. Als Zusatzvereinbarung vereinbarten die Klägerin mit dem Beigeladenen zu 1) eine Rufbereitschaft von Montag bis Freitag (07.00 bis 19.00 Uhr und von 18.00 bis 23.00 Uhr) und von Samstag bis Sonntag von 07.00 bis 23.00 Uhr nach vorheriger Abstimmung und Freigabe durch den Projektleiter der Endkundin. Die Rufbereitschaft werde mit 500,00 EUR pauschal vergütet. Einsatzzeiten während der Rufbereitschaft wurden als Arbeitszeit vergütet inklusive anfallender Zuschläge (Montag bis Freitag von 22.00 bis 06.00 Uhr 25% und Samstag ab 22.00 Uhr sowie Sonntag und Feiertag von 00.00 bis 24.00 Uhr 50%). Im Übrigen entsprach die Vereinbarung der vom 29.12.2008 (vgl Bl 28 bis 31 der Verwaltungsakte). Tatsächlich war der Beigeladene zu 1) nur bis zum 30.04.2009 bei der Endkundin beschäftigt. Für den Zeitraum von Oktober 2008 bis April 2009 (Projektende) erstellte er entsprechende Rechnungen an die Klägerin und fügte entsprechende Tätigkeitsnachweise für die einzelnen Arbeitstage bei (Bl 95 bis 108 der Verwaltungsakte). Während der Tätigkeit für die Klägerin war der Beigeladene zu 1) für keine weiteren Auftraggeber tätig.

Am 10.12.2008 beantragte der Beigeladene zu 1) bei der Beklagten die sozialversicherungsrechtliche Beurteilung seiner Tätigkeit für die Klägerin. Im Antrag auf Feststellung des sozialversicherungsrechtlichen Status gab er an, für verschiedene Auftraggeber tätig zu sein, ua für die E. GmbH und die I. AG. Diesbezüglich legte er einen Projektrahmenvertrag vom 08.05.2006 mit der E. Deutschland GmbH sowie einen Rahmenvertrag vom 23.11.2006 mit der I. AG vor. Er gab des Weiteren an, keine regelmäßigen Arbeits- oder Anwesenheitszeiten einhalten zu müssen und keine Weisungen hinsichtlich der Ausführung (Art und Weise) der Tätigkeit zu erhalten. Auch sei die Einstellung von Vertretern bzw Hilfskräften nicht von der Zustimmung des Auftraggebers abhängig. Zur weiteren Begründung führte er aus, er arbeite mit eigenem Kapital und eigenen Betriebsmitteln (Laptop, Kfz und Büro). Seine Kalkulation und Preisgestaltung richteten sich nach der Situation am Markt und dem jeweiligen Projektangebot. Er mache Werbung über seine eigene Homepage sowie über Eintragungen in den Portalen GULP oder XING. Er erhalte ca ein bis zwei Projektanfragen pro Woche. Die Projektlaufzeit liege zwischen einigen Wochen und mehreren Jahren. Je nach Art der Projekte arbeite er parallel an verschiedenen Projekten für verschiedene Anbieter. Er wähle seine Projekte anhand der technischen Herausforderungen, der Wirtschaftlichkeit, des Standortes, der Entwicklungsmöglichkeiten und seiner Verfügbarkeit aus. Darüber hinaus legte der Beigeladene zu 1) die Vereinbarungen mit der Klägerin vom 30.09. und 29.12.2008 vor. Im Anhörungsverfahren teilte die Klägerin mit, sie habe bei den Endkunden einen Gesamtprojekt, wobei die Verantwortung der Projektkoordination dem Projektleiter der Klägerin obliege. Dieser stimme sich in allen übergeordneten Belangen mit dem Projektverantwortlichen des Endkunden ab. Der Projektleiter der Klägerin stimme sich dann weiter mit dem Beigeladenen zu 1) ab, der dann ergebnisorientiert unter Berücksichtigung des gemeinsam geplanten Zeit- und Aufwandsrahmens die Projektlösung ausarbeite. Hierbei sei der Beigeladene zu 1) nicht weisungsgebunden und in der Wahl der Art und Weise der Lösungsausarbeitung frei. Auch könne er einen Teil der Ausarbeitung an einen Dritten weitergeben oder das an ihn übergebene Arbeitspaket komplett von Dritten ausarbeiten lassen. Diese Freiheitsgrade habe üblicherweise ein Festangestellter in ihrem Hause nicht. Deshalb werde der Beigeladene zu 1) auch nicht nach Anwesenheit, sondern nach Leistung honoriert. Arbeitszeiten spielten insofern eine untergeordnete Rolle. Im Außenverhältnis habe man die Endkundin bereits vor dem Projektstart informiert, dass für den vom Beigeladenen zu 1) durchzuführenden Projektteil aus Kapazitätsgründen kein eigener Mitarbeiter vorhanden sei. Dies sei allen Beteiligten bekannt gewesen. Insofern sei auch jedem Projektbeteiligten mitgeteilt worden, dass es sich bei dem Beigeladenen zu 1) um einen freien Mitarbeiter handle. Dieser sei deshalb auch in keinerlei betriebliche Abläufe der Klägerin eingegliedert gewesen. Hätte sie für die anstehende Aufgabe einen eigenen Mitarbeiter gehabt, wäre der Beigeladene zu 1) nicht beauftragt worden. Gleiches gelte, wenn sie eine kostengünstigere Alternative gehabt hätte. Solche Risiken kenne ein Festangestellter nicht.

Mit Bescheiden vom 04.03.2009 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) fest, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als EDV-Systemingenieur seit dem 01.10.2008 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und die Versicherungspflicht "dem Grunde nach" mit dem Tag der Aufnahme der Beschäftigung beginne. Zur Begründung führte die

Beklagte aus, im Rahmen des Statusfeststellungsverfahrens werde jedes Auftragsverhältnis gesondert beurteilt. Eine Tätigkeit für mehrere Auftraggeber sei nicht gleichbedeutend mit einer selbstständigen Tätigkeit. Eigene maßgebliche Gestaltungsmöglichkeiten hinsichtlich Arbeitsort, Arbeitszeit und Art und Weise der Tätigkeit bestünden bei der tatsächlichen Leistungserbringung nicht. Die Tätigkeit werde überwiegend in den Räumlichkeiten der Endkundin mit den dort vorhandenen Betriebsmitteln ausgeübt. Die Tätigkeit erfolge im Team und bei der Klägerin unterstehe der Beigel zu 1) der Projektleitung. Es sei eine feste Vergütung vereinbart und die Klägerin bzw die Endkundin stellten dem Beigeladenen zu 1) kostenlos Arbeitsmittel zur Verfügung. Nach der Gesamtwürdigung aller zur Beurteilung der Tätigkeit relevanten Tatsachen überwiegen die Merkmale, die für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis sprechen.

Hiergegen erhob die Klägerin am 12.03.2009 Widerspruch. Zur Begründung wurde im Wesentlichen vorgetragen, die Gesamtwürdigung der Beklagten treffe nicht zu. Die Beklagte müsse zwischen den Verträgen zwischen ihr und der Endkundin und dem Vertrag zwischen ihr und dem Beigeladenen zu 1) unterscheiden. Dieser habe eine eigene Kalkulation und Preisgestaltung mit ihr ausgehandelt. Es gebe auch keine Stundensatzvorgaben. Zu berücksichtigen sei, dass sie Kundin des Beigeladenen zu 1) sei. Sie habe sich nur deshalb für den Beigeladenen zu 1) entschieden, weil es vom Leistungsverhältnis her keine kostengünstigere Alternative gegeben habe. Insofern trage der Beigeladene zu 1) auch das unternehmerische Risiko. Die Gestaltung des Zeitraumes für die Tätigkeit erfolge durch den Beigeladenen zu 1), der auch in der Gestaltung der Arbeitsleistung frei sei. Die Arbeitsmittel würden lediglich aus Sicherheitsgründen von der Endkundin zur Verfügung gestellt. Kein Unternehmen lasse es heute zu, dass fremde Arbeitsmittel im IT-Bereich eingesetzt und mit dem eigenen System verbunden werden. Die Gefahren hierfür lägen auf der Hand. Auch habe die Endkundin stets gewusst, dass der Beigeladene zu 1) als freier Mitarbeiter selbstständig tätig sei.

Am 01.04.2009 legte der Beigeladene zu 1) gegen den Bescheid vom 04.03.2009 Widerspruch ein und bestätigte im Wesentlichen die Ausführungen der Klägerin, wobei er darauf hinwies, auch bei der Endkundin im eigenen Namen aufzutreten. Darüber hinaus erhalte er auch keine Zusatzleistungen wie zB Urlaubs- oder Weihnachtsgeld. Er trage das volle Unternehmerrisiko. Zur weiteren Begründung legte der Beigeladene zu 1) die an die Klägerin adressierten Rechnungen für den Leistungszeitraum Oktober 2008 bis April 2009 mit den dazugehörigen Tätigkeitsnachweisen vor. Er wies zudem darauf hin, dass er über einen Remotezugang verfüge, sodass er sich von zu Hause aus in das System der Endkundin einloggen könne. Er habe deshalb auch von zu Hause aus gearbeitet und seine Ausstattung genutzt. Diesbezüglich legte er eine Aufstellung seines Anlagevermögens vor (Bl 109 bis 115 der Verwaltungsakte).

Mit Widerspruchsbescheiden vom 3. November 2009 wies der Widerspruchsausschuss der Beklagten die Widersprüche zurück. Zur Begründung wurde im Wesentlichen ausgeführt, kein Indiz für eine selbstständige Tätigkeit liege vor, wenn zwar die Annahme bestimmter Aufträge abgelehnt werden könne, bei Annahme jedoch eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation des Weisungsgebers erfolge. Der Beigeladene zu 1) habe keinen Einfluss auf die arbeitsbegleitenden Regelungen. Er unterliege den Einschränkungen durch Vorgabe des Endkunden bzw des Projektleiters der Klägerin. Obwohl die vertraglichen Regelung eine freie Gestaltung der Arbeitszeit vorsähen, sei die Gestaltungsmöglichkeit der Arbeitszeit durch die Kontrolle der Anwesenheits- und Abwesenheitszeiten und die terminlichen Vorgaben des Auftraggebers bzw Endkunden begrenzt. Zudem sei ein Leistungsnachweis zu führen. Zwar bestehe keine Verpflichtung, die Leistung persönlich zu erbringen, der Einsatz von Hilfskräften oder Vertretern sei jedoch nicht erfolgt. Das Haftungsrisiko bestehe ausschließlich für die Klägerin gegenüber den Endkunden und es erfolge auch keine Honorierung aufgrund eines Projekterfolges, sondern aufgrund von abgezeichneten und kontrollierten Zeiterfassungsbögen. Hinsichtlich der Arbeitszeit und des Arbeitsortes seien nur scheinbar Gestaltungsmöglichkeiten eingeräumt. Die eigene Arbeitskraft werde nicht mit ungewissem Erfolg eingesetzt, da eine Stundenpauschale vereinbart worden sei. Dem stehe auch nicht entgegen, dass die Zahlung einer Vergütung im Urlaubs- oder Krankheitsfall nicht erfolge. Denn die Selbstständigkeit eines Dienstverpflichteten werde nicht dadurch begründet, dass er durch den Verzicht auf Leistungen Verpflichtungen, Belastungen und Risiken übernehme, die über die Pflichten eines Arbeitnehmers hinausgingen.

Hiergegen hat der Beigeladene zu 1) am 30.11.2009 Klage beim Sozialgericht München erhoben (AZ: [S 25 R 7696/09](#)). Dieses Verfahren ruht.

Die Klägerin hat am 16.11.2009 Klage beim Sozialgericht Stuttgart (SG) erhoben. Unter dem 28.12.2009 hat die Beklagte den weiteren Bescheid erlassen, indem sie den angefochtenen Bescheid vom 04.03.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheides vom 03.11.2009 dahingehend abgeändert hat, dass in der von dem Beigeladenen zu 1) seit dem 01.10.2008 ausgeübten Beschäftigung als EDV-Systemingenieur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestehe. Der Bescheid enthielt den Hinweis, dass er nach [§ 96 Abs 1](#) Sozialgerichtsgesetz (SGG) Gegenstand des anhängigen Verfahrens werde.

Die Klägerin hat zur Begründung ihrer Klage im Wesentlichen ihren bisherigen Vortrag wiederholt und ergänzt. Der Änderungsbescheid vom 28.12.2009 sei bereits deswegen rechtswidrig, weil eine Anhörung nicht stattgefunden habe. Darüber hinaus sei zwischen den Vertragsverhältnissen mit dem Beigeladenen zu 1) einerseits sowie der Endkundin andererseits zu unterscheiden. Der Beigeladene zu 1) sei in der Einteilung seiner Arbeitszeit ihr gegenüber und auch gegenüber der Endkundin frei, da bei dem Beigeladenen zu 1) anders als bei abhängig beschäftigten Arbeitnehmern weder Arbeitsbeginn und -ende noch Pausen festgelegt seien. Zudem stehe es dem Beigeladenen zu 1) frei, eigenes Personal einzusetzen. Er trete auch nicht wie ihr Angestellter gegenüber der Endkundin auf. Vielmehr sei die Endkundin vorab darüber informiert worden, dass der Beigeladene zu 1) als selbstständiger Mitarbeiter tätig werde. Zudem sei zu berücksichtigen, dass Berater typischerweise selbstständig tätig seien, und zwar auch im Rahmen von längeren Projekten.

Mit Beschluss vom 14.01.2010 hat das SG die Beigeladenen zu 1) bis 3) sowie die Agentur für Arbeit B. als Beigeladene zu 4) zum Verfahren beigeladen; mit Änderungsbeschluss vom 22.04.2010 hat das SG die jetzige Beigeladene zu 4) zum Verfahren beigeladen. Bis auf den Beigeladenen zu 1) haben sich die übrigen Beigeladenen nicht zur Sache und zum Verfahren geäußert. Der Beigeladene zu 1) hat nochmals darauf hingewiesen, dass er keinerlei Weisungsrechten unterlegen und ein eigenes Unternehmerrisiko getragen habe.

Mit Urteil vom 28.04.2011 hat das SG den Bescheid der Beklagten vom 04.03.2009 in der Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.11.2009 und des Bescheids vom 28.12.2009 aufgehoben und festgestellt, dass für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als EDV-Systemingenieur im Bereich der Beratung und Unterstützung des Stagemanagements bei der Klägerin in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 keine Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden habe. Zur Begründung hat es ausgeführt, der Bescheid vom 28.12.2009 sei nach [§ 96 Abs 1 SGG](#)

Gegenstand des Klageverfahrens geworden, denn er ersetze den Bescheid vom 04.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.11.2009, indem er die zusätzliche Feststellung enthalte, dass der Beigeladene zu 1) auf Grund seiner abhängigen Beschäftigung bei der Klägerin versicherungspflichtig in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung und nach dem Recht der Arbeitsförderung gewesen sei. Rechtsgrundlage für die Entscheidung der Beklagten über den Antrag des Beigeladenen zu 1) auf Statusfeststellung sei [§ 7a Abs 1 Satz 1](#) Viertes Buch Sozialgesetzbuch (SGB IV). Die Zuständigkeit der Beklagten ergebe sich aus [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#). Dahin gestellt bleiben könne, ob der Bescheid vom 04.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.11.2009 in Gestalt des Bescheids vom 28.12.2009 deswegen formell rechtswidrig sei, weil weder die Klägerin noch der Beigeladene zu 1) vor Erlass des Bescheids vom 28.12.2009 nochmals angehört worden sei, denn jedenfalls sei der Bescheid vom 04.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.11.2009 in Gestalt des Bescheids vom 28.12.2009 materiell rechtswidrig, weil eine abhängige Beschäftigung des Beigeladenen zu 1) während seiner Tätigkeit bei der Klägerin in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 und eine daraus folgende Versicherungspflicht in der Kranken-, Renten- und Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung nicht bestanden habe. Wesentliches Abgrenzungskriterium sei, dass vorliegend keine Pflicht zur persönlichen Erbringung der Arbeitsleistung des Beigeladenen zu 1) bestanden habe. Ausweislich der Vereinbarungen vom 30.09.2008 und 29.12.2008, Ziffer I d) habe sich der Beigeladene zu 1) zur Erfüllung seiner Aufgaben anderer Personen bedienen dürfen. Dass der Beigeladene zu 1) selbst Mitarbeiter beschäftigen durfte, um mehrere Aufträge gleichzeitig annehmen zu können und dass es ihm im Verhältnis zu Klägerin gestattet war, die Aufträge durch Dritte zu erfüllen, stehe der Annahme einer abhängigen Beschäftigung entgegen. Auch wenn der Beigeladene zu 1) während seiner Tätigkeit für die Klägerin tatsächlich keine Hilfskräfte eingesetzt habe, möge dies zwar das Gewicht dieses Merkmals für eine nichtabhängige Beschäftigung mindern, jedoch sei allein das ihm eingeräumte Recht zur Aufgabenerfüllung durch Dritte selbst ohne Gebrauchmachung hiervon ein gewichtiges Indiz zugunsten einer nichtabhängigen Beschäftigung, es sei denn die Übertragung der Aufgabenerfüllung durch den Beigeladenen zu 1) auf Dritte sei faktisch ausgeschlossen. Dafür, dass die Klägerin oder die Endkundin tatsächlich nur die persönliche Arbeitsleistung des Beigeladenen zu 1) angenommen und zugelassen hätten, sei jedoch nichts ersichtlich. Es sei somit von den vertraglichen Regelungen in den schriftlichen Vereinbarungen vom 30.09.2008 und 29.12.2008 auszugehen, wonach dem Beigeladenen zu 1) das Recht zur nichtpersönlichen Auftragsausführung zugestanden habe. Der Beigeladene zu 1) sei auch nicht in den Betrieb der Klägerin eingegliedert gewesen. Er habe bei der Klägerin über kein Büro und keinen Zugang zu den Räumen der Klägerin verfügt. Er sei auch nicht in den Betrieb der Endkundin eingegliedert gewesen. Zwar sei der Beigeladene zu 1) in den Räumen der Endkundin tätig gewesen und habe die vorhandene Hardware verwendet. Der Beigeladene zu 1) habe auch teamorientiert Arbeiten im Projektteam verrichtet, dh er sei "Hand in Hand" mit anderen Beschäftigten der Klägerin bzw der Endkundin tätig gewesen. Dies führe jedoch nicht dazu, dass er in die Betriebsorganisation der Endkundin eingegliedert gewesen sei. Entscheidend sei, ob im Rahmen der Projektbetreuung Weisungen hinsichtlich der Aufgabenausführung und des Inhalts erteilt würden, oder aber es sich nur um eine Abstimmung im Team handle. Eine Projektteamarbeit könne sowohl im Rahmen einer abhängigen als auch im Rahmen einer nichtabhängigen Beschäftigung ausgeübt werden. Allein der Umstand, dass der Beigeladene zu 1) im Rahmen einer Projektzusammenarbeit auch von der Arbeit anderer Team-Partner "abhängig" gewesen sei, genüge nicht für die Annahme einer abhängigen Beschäftigung. Hierzu bedürfe es weiterer Weisungen und organisatorischer Maßnahmen seitens der Endkundin bzw der Klägerin, die vorliegend nicht ersichtlich sind. Der Beigeladene zu 1) habe schon keinem Weisungsrecht hinsichtlich der Einteilung seiner Arbeitszeit unterlegen. Weder ergebe sich ein Weisungsrecht der Klägerin oder der Endkundin betreffend die Arbeitszeit aus den schriftlichen Vereinbarungen, noch sei eine tatsächliche Weisungspraxis der Klägerin oder ihrer Endkundin hinsichtlich der Arbeitszeit des Beigeladenen zu 1) ersichtlich. Dem stehe nicht entgegen, dass der Beigeladene zu 1) ausweislich der zur Verwaltungsakte gereichten Übersichten regelmäßig zu den gewöhnlichen Arbeitszeiten eines Angestellten gearbeitet habe, da es dem Beigeladenen zu 1) frei gestanden habe, seine Arbeitszeiten zu wählen, er also auch zu den üblichen Arbeitszeiten, die auch andere angestellte Mitarbeiter bei Weisungsunterworfenheit zu beachten haben, habe arbeiten können, ohne dass dies ein Indiz für die abhängige Beschäftigung darstelle. Vielmehr habe der Beigeladene zu 1) in der mündlichen Verhandlung überzeugend vorgetragen, dass er die Arbeitszeiten so gewählt habe, dass es für seine Arbeitsausführung sinnvoll war und er Mitarbeiter der Endkundin noch antreffen konnte. Entscheidend sei, dass der Beigeladene zu 1) nicht verpflichtet war, auf Anweisung der Klägerin oder der Endkundin zu bestimmten Zeiten tätig zu werden. Auch terminliche Vorgaben der Endkundin stellten, soweit sie wie hier im Rahmen eines Projektzusammenarbeit stattfänden, nicht Weisungen eines Arbeitgebers dar, wenn sie Teil des vereinbarten Auftrags seien. Ein Weisungsrecht habe auch nicht hinsichtlich der Dauer der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) vorgelegen. Vielmehr ergebe sich allein aus der Vereinbarung des Beigeladenen zu 1) mit der Klägerin, welcher Leistungszeitraum und welche Stundenanzahl geplant sei. Ein einseitiges arbeitgeberspezifisches Recht, die Dauer der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) konkret vorzuschreiben, ergebe sich weder aus den schriftlichen Verträgen vom 30.09.2008 und 29.12.2008 noch aus der tatsächlichen Durchführung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) bei der Endkundin. Gleichfalls könne ein umfassendes Weisungsrecht hinsichtlich des Ortes der Tätigkeit nicht festgestellt werden. Anders als die Beklagte meine, begründe der in der Vereinbarung zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) festgelegte Erfüllungsort des Auftrags kein Weisungsrecht der Klägerin. Dass für den Beigeladenen zu 1) eine Bindung an den Tätigkeitsort durch Nutzung der am Betriebssitz der Endkundin zur Verfügung stehenden Arbeitsmittel bestanden habe, treffe insofern schon nur teilweise zu, als der Beigeladene zu 1) mitgeteilt habe, auch über einen Remotezugang von seinem Homeoffice aus arbeiten zu können, soweit es seine Aufgabe zugelassen habe. Auch hinsichtlich der Art der Tätigkeit seien dem Beigeladenen zu 1) weder durch die Klägerin noch durch die Endkundin inhaltliche Weisungen erteilt worden. Vielmehr habe sich aus der Beauftragung selbst die Art der Ausführung bzw der Inhalt der Tätigkeit ergeben. Der Beigeladene zu 1) habe seine Tätigkeit als EDV-System-Ingenieur im Bereich Beratung und Unterstützung des Stagingmanagements als Unternehmer ausgeübt. Er trete am Markt als Unternehmer auf, denn er werbe für sich mit einer eigenen Internetseite und erhalte hierüber regelmäßig Auftragsangebote. Er sei auch gegenüber der Endkundin nicht wie ein Beschäftigter der Klägerin aufgetreten. Dass der Beigeladene zu 1) etwa mit einem Firmenauto zur Endkundin gefahren sei, ist nicht ersichtlich. Er habe auch unternehmerischen Chancen und Risiken unterlegen, die gegen eine abhängige Beschäftigung sprächen. Unternehmerische Risiken hätten für den Beigeladenen zu 1) insoweit bestanden, als er gegenüber der Klägerin haftete und auf eigene Kosten eine private Haftpflichtversicherung abzuschließen hatte. Das Haftungsrisiko des Beigeladenen zu 1) übersteige dasjenige Risiko eines Arbeitnehmers, von seinem Arbeitgeber in Regress genommen zu werden, denn eine Beschränkung des vertraglichen Haftungsrisikos habe vorliegend nicht bestanden. Dass der Beigeladene zu 1) nicht vertraglich gegenüber der Endkundin haftete, sei im Verhältnis zwischen Klägerin und Beigeladenen zu 1) unerheblich. Es hätten zudem für den Beigeladenen zu 1) auch unternehmerische Chancen bestanden, die über die Chancen eines abhängig Beschäftigten hinausgingen. Dadurch, dass er seine Arbeitsleistung nicht wie ein abhängig Beschäftigter persönlich zu erbringen hatte, sondern ihm das Recht eingeräumt gewesen sei, einerseits für weitere Auftraggeber tätig zu werden und andererseits die vereinbarte Tätigkeit durch Dritte zu erbringen, habe er auch bei vereinbarter Stundenvergütung insoweit unternehmerische Chancen, als dass er bei (erlaubter) Tätigkeit für weitere Auftraggeber gleichzeitig selbst und durch eigene Mitarbeiter Gewinne hätte erzielen können. Diese unternehmerische Chance sei einem Arbeitnehmer gerade nicht eröffnet, der nicht mehr als durch die persönliche Arbeitsleistung erwirtschaften könne. Dem Umstand, dass der Beigeladene zu 1) über keine wesentlichen Betriebsmittel verfüge, komme kein entscheidender Indizwert zu, da es sich vorliegend

um eine betriebsmittelarme Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) gehandelt habe.

Gegen das der Beklagten am 17.06.2011 zugestellte Urteil hat diese am 18.07.2011, einem Montag, Berufung beim Landessozialgericht (LSG) eingelegt und zur Begründung vorgetragen, es habe nur eine vertragstheoretische Möglichkeit bestanden, sich Hilfskräften zu bedienen. Es handle sich daher nicht um ein gewichtiges Indiz zugunsten einer nichtabhängigen Beschäftigung. Selbst wenn Hilfskräfte tatsächlich eingesetzt würden, spreche dies nur unter weiteren Bedingungen für eine selbstständige Tätigkeit. Auch sei der Beigeladene zu 1) in die Arbeitsorganisation der Klägerin eingegliedert gewesen. Der Betriebszweck der Klägerin sei darauf gerichtet, bei ihren Endkunden Gesamt- bzw Großprojekte im Bereich der elektronischen Datenverarbeitung durchzuführen. Wenn der Beigeladene zu 1) für die Klägerin in einem solchen Projekt tätig werde, erfülle sich darin die Eingliederung in deren Betriebsorganisation. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation der Klägerin ergebe sich auch aus der Tatsache, dass der Beigeladene zu 1) selbst seine Dienstleistungen im Rahmen eines zwischen seinem Auftraggeber und einem Dritten abgeschlossenen Werkvertrages erbringe. Andernfalls sei die Problematik der unerlaubten Arbeitnehmerüberlassung tangiert. Bereits diese vertragliche Gesamtkonstellation erfordere die Erteilung von Weisungen gegenüber dem Auftragnehmer, also dem Beigeladenen zu 1), dessen Ziele durch die Beschreibung der Tätigkeit in den Beauftragungen nicht klar definiert sei. Die vertragliche Beschreibung der Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) sei nicht annäherungsweise präzise genug, als dass der Beigeladene zu 1) auf dieser Grundlage seine Dienstleistung ohne weitere Weisungen in eigener Verantwortung hätte erbringen können. Zudem habe das SG ein Haftungsrisiko zu Unrecht mit einem Unternehmerrisiko gleichgesetzt. Schließlich habe es vor Erteilung des Bescheids vom 28.12.2009 auch keiner Anhörung bedurft.

Die Beklagte beantragt - sachdienlich gefasst -,

das Urteil des Sozialgerichts Stuttgart vom 28.04.2011 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Die Klägerin beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Sie hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend. Soweit sich die Beklagte auf Urteile des Sächsischen Landessozialgerichts vom 17. Mai 2011 und des Hessischen Landessozialgerichts vom 12. Juli 2007 beziehe, so vermöge dies nicht zu überzeugen. Denn die genannten Urteile betrafen Fälle von Regalauffüllern. Die Leistung des Beigeladenen zu 1) habe jedoch nicht in einer einfachen Hilfstätigkeit bestanden. Vorliegend fehle es gerade nicht an der Möglichkeit der individuellen Arbeitsleistung, wie sie für selbstständige Tätigkeiten typisch sei. Dies zeige sich schon daran, dass der Beigeladene zu 1) als EDV-Systemingenieur auch im Bereich der Beratung tätig gewesen sei. Auch eine Eingliederung des Beigeladenen zu 1) in ihre Arbeitsorganisation habe nicht vorgelegen. Der Beigeladene zu 1) habe weder ein Büro bei ihr noch habe er eine Zugangskarte und könne sich auch bei ihr nicht frei bewegen. Zudem komme eine Eingliederung bei der Endkundin nicht in Betracht. Auch eine teamorientierte Arbeit in einem Projektteam führe nicht zu einer Eingliederung in eine fremde Betriebsorganisation. Die Beklagte differenziere erneut nicht zwischen den Vertragsverhältnissen. Darüber hinaus habe die Leistungsbeschreibung mit "Beratung und Unterstützung im Stagemanagement" ausgereicht, um die zu erbringende Leistung zu beschreiben. Alle Beteiligten wüssten, was zu tun sei. Gerade im Rahmen einer Beratung könne eine Leistungsbeschreibung nicht präziser sein. Auch ein Rechtsanwalt erhalte oft bei der Beauftragung ein Bündel Unterlagen verbunden mit der Beauftragung der Vertretung in einem Gerichtsverfahren. Damit sei die Leistungsbeschreibung "Vertretung in einem Gerichtsverfahren" verbunden.

Der Beigeladene zu 1) beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Er hält die Entscheidung des SG ebenfalls für zutreffend.

Die übrigen Beteiligten haben sich zur Sache und zum Verfahren nicht geäußert.

Der Berichterstatter hat mit den Beteiligten den Rechtsstreit am 29.11.2011 erörtert. Insoweit wird auf die Niederschrift verwiesen (Bl 42 bis 44 der LSG-Akte).

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

Hinsichtlich der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts und des Vorbringens der Beteiligten wird auf die von der Beklagten vorgelegte Verwaltungsakte und auf die Gerichtsakten erster und zweiter Instanz Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1](#) des Sozialgerichtsgesetzes (SGG) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten, über die der Senat aufgrund des Einverständnisses der Beteiligten gemäß [§ 124 Abs 2 SGG](#) ohne mündliche Verhandlung entscheidet, ist statthaft, zulässig und begründet. Das SG hat den Bescheid der Beklagten vom 04.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.11.2009 ([§ 95 SGG](#)) und den Änderungsbescheid vom 28.12.2009 zu Unrecht aufgehoben. Für die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) als EDV-Systemingenieur im Bereich der Beratung und Unterstützung des Storage Managements bei der Klägerin bestand in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Das SG ist zutreffend davon ausgegangen, dass der Bescheid vom 28.12.2009 gemäß [§ 96 SGG](#) Gegenstand des Klageverfahrens geworden ist. Durch diesen Änderungsbescheid hat die Beklagte die Anforderungen an eine Statusfeststellung erfüllt, die der 12. Senat des Bundessozialgerichts (BSG) in seiner neueren Rechtsprechung (11.03.2009, [B 12 R 11/07 R](#), [BSGE 103, 17](#) = SozR 4.2400 § 7a Nr 2 mit Anm von Plagemann, [EWiR 2009, 689](#); 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), juris; s hierzu auch ausführlich Merten, SGB 2010, 271) aufgestellt hat und denen der Bescheid vom 04.03.2009 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 03.11.2009 nicht genüge, weil hierin lediglich eine isolierte

Entscheidung über das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung "dem Grunde nach" und ohne zeitliche Individualisierung festgestellt wurde.

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Diese entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 ([BGBl 2000 I, Seite 2](#)) eingeführten Antragsverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucks 14/1855, Seite 6](#)).

Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hat der Beigel zu 1) am 10.12.2008 bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

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

Nach der ständigen Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4 - 2400 § 7 Nr 7](#), BSG 04.07.2007, [B 11a AL 5/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 8](#)) 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. 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, hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen (zur Verfassungsmäßigkeit der Abgrenzung zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit BVerfG [SozR 3 - 2400 § 7 Nr 11](#)). Maßgebend ist stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (vgl BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

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 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 [SozR 3-2400 § 7 Nr 4](#); [SozR 3-4100 § 168 Nr 18](#)). In diesem Sinne gilt, dass die tatsächlichen Verhältnisse den Ausschlag geben, wenn sie von Vereinbarungen abweichen ([BSGE 45, 199](#), 200 ff; BSG [SozR 3-2400 § 7 Nr 13](#); [BSGE 87, 53](#), 56; jeweils mwN). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (vgl hierzu insgesamt BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R](#), [SozR 4-2400 § 7 Nr 7](#)).

Nach den genannten Grundsätzen gelangt der Senat zu der Überzeugung, dass der Beigeladene zu 1) als EDV-Systemingenieur im Bereich der Beratung und Unterstützung des Storage Managements bei der Klägerin in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 eine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung ausgeübt hat und daher Versicherungspflicht in der gesetzlichen Kranken- und Rentenversicherung, in der sozialen Pflegeversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung bestanden hat. Die Klägerin führte bei der P. Produktions GmbH (Endkundin) ein Projekt durch. Der Beigeladene zu 1) war im Rahmen dieses Projekts in der Zeit vom 01.10.2008 bis 30.04.2009 als EDV-Systemingenieur für die Klägerin bei der Endkundin tätig. Die Tätigkeit umfasste die Beratung und Unterstützung des Storage Managements sowie IT-Consultingleistungen für Konzeption und Betrieb von Massenspeichersystemen bei der Endkundin. Werkziele waren die Einrichtung eines SAN-Reportings, die Migration einer Transcoding-Serverfarm sowie ab Februar 2009 die Planung und Durchführung der Migration von bestehenden Storage-Systemen auf Neustorage-Systeme. Diese Tätigkeit ist nicht nur im Rahmen eines Arbeitsverhältnisses, sondern auch als freier Mitarbeiter (Dienstvertrag) möglich. Für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des Bundesarbeitsgerichts (BAG) als auch nach der Rechtsprechung des Bundessozialgerichts (BSG) nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw war (BAG 09.10.2002, [5 AZR 405/01](#), juris RdNr 23). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris RdNr 26). Abzustellen ist daher nur auf die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) im hier streitigen Zeitraum bei der Endkundin der Klägerin.

Ein Indiz, das für eine abhängige Beschäftigung spricht, ist der Umstand, dass der Vertragsgegenstand derart unbestimmt ist, dass er erst durch weitere Vorgaben der Klägerin oder eine Eingliederung in den Projektbetrieb der Klägerin konkretisiert wird. Nach den Vereinbarungen, auf denen die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) beruhte, bestand die Leistung, zu der er verpflichtet war, in der Beratung und Unterstützung im Storage Management des Kunden. Der Beigeladene zu 1) hat damit Einzeldienste bzw Arbeitseinsätze für die Klägerin zugesagt, ohne dass diese nach Anzahl, Dauer und zeitlicher Lage bereits abschließend festgestanden hätten. In Nr 1 Buchst a) der Vertragsbedingungen ist ausdrücklich bestimmt, dass der angegebene Leistungszeitraum und -umfang nicht zwingend sind. Bereits damit hat er sich in eine entsprechende Weisungsabhängigkeit begeben, die regelmäßig seinen Arbeitnehmerstatus begründet (BAG aaO RdNr 24). Das BAG stellt auch im Recht der Arbeitnehmerüberlassung bei der Abgrenzung zwischen einem Werk- oder Dienstvertrag und einer

Tätigkeit als Arbeitnehmer maßgeblich darauf ab, ob der vertraglich festgelegte Leistungsgegenstand hinreichend bestimmt ist. Ist dies nicht der Fall und ist die geschuldete Leistung derart unbestimmt, dass sie erst durch die Weisungen des Auftraggebers konkretisiert wird, liegt eine Tätigkeit als Arbeitnehmer vor (BAG 09.11.1994, [7 AZR 217/94](#), [BAGE 78, 252](#) = juris RdNr 32). Dieser Gesichtspunkt ist auch bei der Statusabgrenzung von Bedeutung. Denn mit der Verpflichtung zur Beratung und Unterstützung im Stagemanagement der Endkundin hat der Beigeladene zu 1) der Klägerin lediglich seine Arbeitskraft zur Verfügung gestellt. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin möglicherweise in fachlicher Hinsicht die Arbeit des Beigeladenen zu 1) nicht hat beeinflussen können. Denn das Weisungsrecht des Arbeitgebers kann nach der ständigen Rechtsprechung des BSG insbesondere bei Diensten höherer Art auch eingeschränkt und "zur dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein, wenn der Beschäftigte nur in dem Betrieb eingegliedert ist (BSG 18.12.2001, [B 12 KR 8/01 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 19](#)). Unter diesen Voraussetzungen sind sogar Mitglieder von Vorständen juristischer Personen, die von Weisungen im täglichen Geschäft weitgehend frei sind, abhängig Beschäftigte (BSG 19.06.2001, [B 12 KR 44/00 R](#), [SozR 3-2400 § 7 Nr 18](#)). Eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin für die Dauer der Projektentwicklung zeigt sich vor allem in der für das Jahr 2009 vereinbarten Rufbereitschaft des Beigeladenen zu 1).

Für eine abhängige Beschäftigung spricht ferner, dass sich die Klägerin vertraglich eine umfassende Einflussnahme auf die Arbeit des Beigeladenen zu 1) vorbehalten hat, die einem Weisungsrecht des Arbeitgebers vergleichbar ist. Dies ergibt sich aus Nr 2.3. der Allgemeinen Geschäftsbedingungen (AGB) für Subunternehmer, die nach Nr 7 Buchst d) der Vertragsbedingungen im Übrigen gelten. Dort ist in Nr 2.2 Folgendes geregelt: "Die von S ... vorgegebenen Leistungswünsche, -merkmale und -ziele entbinden den Auftragnehmer nicht von seiner Verantwortung für eine technisch einwandfreie und wirtschaftliche Lösung." In Nr 2.3 heißt es: "S. kann schriftlich Änderungen oder Zusatzleistungen verlangen. Der Auftragnehmer wird diese, wenn und soweit sie realisierbar sind, nach Maßgabe der Vertragsbestimmungen vornehmen." Nach der Rechtsprechung des Senats kann sich das eine Sozialversicherungspflicht begründende Weisungsrecht des Arbeitgebers auch aus einem außerhalb des Beschäftigungsvertrages bestehenden Regelwerk ergeben, wenn im Beschäftigungsvertrag in Form einer dynamischen Verweisung auf dieses Regelwerk Bezug genommen wird (Urteil vom 28.04.2009, [L 11 KR 2495/05](#), juris). Durch die Regelungen in den AGB für Subunternehmer hat sich die Klägerin das Recht gesichert, einen bestimmenden Einfluss auf den Inhalt der geschuldeten Dienstleistung und ihre Ausführung zu nehmen. Weil es an einem konkreten Bezug auf den Inhalt des mit dem Beigeladenen zu 1) geschlossenen Vertrag und die darin vereinbarte Leistung fehlt, können diese Bestimmungen nicht so verstanden werden, dass damit lediglich die vom Beigeladenen zu 1) geschuldete Leistung ein- und abgegrenzt wird. Überdies ist die vom Beigeladenen zu 1) vertraglich geschuldete Leistung derart offen (Beratung und Unterstützung des Kunden) gefasst, dass die von der Klägerin "vorgegebenen Leistungswünsche, -merkmale und -ziele" bzw die gewünschten "Änderungen oder Zusatzleistungen" auch Zeit und Ort der Arbeitsleistung umfassen können. Ob die Klägerin von der ihr eingeräumten Rechtsmacht Gebrauch gemacht hat, ist unerheblich.

Entscheidend für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses spricht im vorliegenden Fall die Tatsache, dass die Leistung des Beigeladenen zu 1) von der Klägerin benötigt wird, damit diese ein von ihr der Endkundin geschuldetes Projekt realisieren kann. Bei dieser Konstellation muss die Klägerin darauf achten, dass die Tätigkeit des Beigeladenen zu 1) für und bei der Endkundin nicht als Arbeitnehmerüberlassung gewertet werden kann. Denn hierfür bedürfte die Klägerin einer Erlaubnis ([§ 1 Abs 1 Satz 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG). Die Leistungsbeschreibung in den Vertragsbedingungen zwischen der Klägerin und dem Beigeladenen zu 1) bezieht sich ausdrücklich auf eine Dienstleistung bei der Endkundin ("Beratung und Unterstützung des Stagemanagements des Kunden"). Würde sich die Verpflichtung der Klägerin gegenüber ihrer Endkundin in der Zurverfügungstellung des Klägers erschöpfen, läge unzweifelhaft ein Fall der Arbeitnehmerüberlassung vor (BAG 09.11.2004, [7 AZR 217/94](#), juris RdNr 32). Keine Arbeitnehmerüberlassung ist dagegen anzunehmen, wenn nur die Klägerin der Endkundin für die Erfüllung der im Vertrag mit dieser vereinbarten Dienste oder für die Herstellung des geschuldeten Werks verantwortlich bleibt. Dies wiederum setzt voraus, dass sie über einen ausreichenden Einfluss auf die von ihr zur Ausführung des Dienst- oder Werkvertrages mit der Endkundin eingesetzten Arbeitskräfte verfügt. Dieser Einfluss ist hier so ausgestaltet, dass er einer arbeitsrechtlichen Direktionsbefugnis entspricht.

Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin zur Erfüllung ihrer vertraglichen Pflichten der Endkundin gegenüber auch sog Subunternehmer einsetzen kann. Davon kann nach Ansicht des Senats aber in Fällen der vorliegenden Art nur ausgegangen werden, wenn dem Subunternehmer ein bestimmter Auftrag erteilt wird, der entweder als Werkvertrag zu werten ist oder dessen Inhalt bei Annahme eines Dienstvertrages auf konkrete, von anderen Leistungen abgrenzbare Dienstleistungen begrenzt wird. Daran fehlt es, wenn - wie hier - nur ganz allgemein eine Beratung und Unterstützung geschuldet wird. Außerdem sind die Vertragsbedingungen auf einen Vertrag mit einer Einzelperson zugeschnitten, so dass die geschuldete Dienstleistung zB nicht von einer Kapitalgesellschaft wahrgenommen werden könnte. Dies folgt zum einen aus der Formulierung "Beratung und Unterstützung" zum anderen aber vor allem durch die Regelung Nr 1 Buchst c Satz 2. Danach war der Beigeladene zu 1) verpflichtet, seine Aufgaben "eigenverantwortlich" auszuführen. Damit wird deutlich, dass die Klägerin auf eine persönliche Haftung des Beigeladenen zu 1) Wert gelegt hat. Dafür spricht die Tatsache, dass die Klägerin nach eigenen Angaben ca 300 freie Mitarbeiter hat, aber keine Angaben darüber gemacht hat, mit vielen Kapitalgesellschaften sie Subunternehmerverträge geschlossen hat.

Im Hinblick auf die genannten Indizien, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen, ist es nur von untergeordneter Bedeutung, dass typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung wie zB festes Monatsgehalt, Urlaubsregelung und Entgeltfortzahlung im Krankheitsfall fehlen. Diese Gesichtspunkte sprechen zwar, wenn sie vorliegen, für eine abhängige Beschäftigung. Fehlen sie, so bedeutet dies aber nicht, dass bereits deshalb keine abhängige Beschäftigung mehr gegeben ist. Die Formen, in denen sich abhängige Beschäftigung entfalten, sind in den vergangenen Jahren viel flexibler geworden. Die Orientierung der Sozialversicherungspflicht an einer vor Jahrzehnten noch üblichen Festanstellung wird den heute existierenden flexiblen Arbeitsverhältnissen nicht mehr gerecht.

Die Kostenentscheidung zu Lasten der Klägerin beruht auf [§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§ 154 Abs 2](#) Verwaltungsgerichtsordnung (VwGO), da weder sie noch die Klägerin zu den in [§ 183 SGG](#) genannten Personen gehören. Die außergerichtlichen Kosten der Beigeladenen zu 2) bis 4) sind ihr nicht aufzuerlegen, weil diese keine Anträge gestellt und damit auch kein Prozessrisiko auf sich genommen haben ([§ 197a Abs 1 SGG](#) iVm [§§ 154 Abs 3](#), [162 Abs 3 VwGO](#)). Der Beigeladene zu 1) hat sich dem Antrag der unterlegenen Klägerin angeschlossen, so dass es nach Ansicht des Senats der Billigkeit entspricht, dass er seine außergerichtlichen Kosten selbst zu tragen hat ([§ 197a SGG](#) iVm [§ 162 Abs 3 VwGO](#)).

Gründe, die Revision zuzulassen, bestehen nicht.

Die Festsetzung des Streitwerts beruht auf [§ 197a Abs 1 Satz 1 Halbsatz 1 SGG](#) iVm [§ 63 Abs 2 Satz 1](#), [§ 52 Abs 2](#), [§ 47](#)

Gerichtskostengesetz. Die Höhe des Streitwerts entspricht im dem Regelstreitwert von 5.000,00 EUR da bislang lediglich über das Bestehens eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses und die hieraus letztlich folgende Sozialversicherungspflicht entschieden wurde, aber noch keine Gesamtsozialversicherungsbeiträge festgesetzt wurden.

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2012-03-20