

L 11 R 1874/16

Land

Baden-Württemberg

Sozialgericht

LSG Baden-Württemberg

Sachgebiet

Rentenversicherung

Abteilung

11

1. Instanz

SG Heilbronn (BWB)

Aktenzeichen

S 6 R 1361/15

Datum

14.04.2016

2. Instanz

LSG Baden-Württemberg

Aktenzeichen

L 11 R 1874/16

Datum

28.03.2017

3. Instanz

Bundessozialgericht

Aktenzeichen

-

Datum

-

Kategorie

Urteil

Auf die Berufung der Beklagten wird das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 14.04.2016 aufgehoben und die Klage abgewiesen.

Außergerichtliche Kosten sind in beiden Rechtszügen nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Streitig ist, ob der Kläger bei der Beigeladenen zu 1) ab 01.12.2013 abhängig beschäftigt war und ob Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung bestand.

Die Beigeladene zu 1) betreibt ein Dienstleistungsunternehmen in der Sicherheitsbranche. Der 1970 geborene Kläger ist in Vollzeit versicherungspflichtig beschäftigt bei der Firma B ... Seit 25.02.2009 ist er Inhaber einer Erlaubnis zur Ausübung eines Gewerbes (Objekt- und Personenschutz) nach [§ 34a Gewerbeordnung \(GewO\)](#). Seit 01.07.2012 hat er eine gewerbliche Haftpflichtversicherung für Bewachungsunternehmen abgeschlossen mit einem Jahresbeitrag von 357 EUR.

Unter dem 20.02.2013 schlossen der Kläger als Auftragnehmer und die Beigeladene zu 1) als Auftraggeber einen Subunternehmervertrag, der auszugsweise wie folgt lautet. § 1 Der Subunternehmer erhält keine regelmäßigen und keine feststehenden Aufträge. Er wird von der Firma D. S. je nach Bedarf angefragt und eingesetzt. Der Subunternehmer bzw dessen Firma verpflichtet sich: - ihren Betrieb ordentlich einzutragen - ihrer steuerlichen Pflicht nachzukommen - ihre Beiträge für Genossenschaften sowie Krankenversicherung ordentlich abzuführen - bei Kunden ein ordentliches Auftreten und Benehmen zu führen - bei Kunden stets als Firma D. S. und nicht als Subunternehmer aufzutreten - für entsprechende Bewachungen ausschließlich Sicherheitskräfte einzusetzen, welche die Sachkundeprüfung gem [§ 34a](#) der Gewerbeordnung absolviert haben - bei der Auftragsannahme in keinem Fall von der Firma D. S. abhängig zu sein und noch weitere Auftraggeber bzw Einkünfte zu haben. Der Subunternehmer verpflichtet sich, eine Betriebshaftpflichtversicherung abzuschließen. Der Subunternehmer verpflichtet sich, von bestehenden oder ehemaligen Kunden der D. S. keine eigenen Aufträge anzunehmen. Er haftet hierbei auch für seine Mitarbeiter, die er ggf einsetzt. Bei Zuwiderhandlung gegen diesen Vertragsbestandteil wird sofort eine Konventionalstrafe in Höhe von EUR 5.000,- fällig. § 2 Verrechnung Aufträge, die übernommen werden, sind von der Firma D. S. mit EUR 12,00 je Stunde zzgl der gesetzl Mehrwertsteuer nach Rechnungsstellung des Subunternehmers und nach Zahlungseingang des Kunden zu bezahlen. Zusatzaufwendungen werden nach separater Absprache vergütet.

§ 3 Mitarbeiter des Subunternehmers Wenn der Subunternehmer eigene Mitarbeiter stellt, haftet er in vollem Umfang für deren gesetzliche Voraussetzungen im Bewachungsgewerbe tätig zu sein (einwandfreies Führungszeugnis, Sachkundeprüfung gem [§ 34a GewO](#), etc). § 8 Vertragsstrafe Der Subunternehmer verpflichtet sich, für den Fall der rechtswidrigen und schuldhaften Nichtaufnahme der Arbeit oder der vertragswidrigen Beendigung des Arbeitsverhältnisses eine Vertragsstrafe in Höhe von EUR 1.500,- zu zahlen ... Unter dem 27.01.2014 beantragte der Kläger bei der Beklagten die Statusfeststellung für seine Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) für die Zeit ab 01.12.2013. Hierbei gab er an, die Beauftragung erfolge telefonisch oder per E-Mail. Es handele sich bei den Tätigkeiten um Nachtwachen, Brandwachen, Baustellenbewachung, Parkplatzdienst, Einlasskontrollen, Doorman usw. Sämtliche Ausrüstung, die er benötige (Anzüge, Security-Jacken, -Hosen, Schuhe, Taschenlampen, Headsets, Funkgeräte, Handschuhe, Warnweste), habe er selbst angeschafft. Die Tätigkeit erbringe er ausschließlich persönlich; die Vergütung erfolge nach Stunden oder pauschal. Ergänzend legte er eine Aufstellung über die Einkünfte aus seiner gewerblichen Nebentätigkeit vor, wonach er im Jahr 2013 für insgesamt sieben Kunden im Sicherheitsdienst tätig war und hieraus einen Nettoumsatz von 16.921,93 EUR erzielte, wovon 3.961 EUR auf die Beigeladene zu 1) entfielen (Aufstellung vom 20.12.2013). Die Beigeladene zu 1) äußerte auf Anfrage der Beklagten, der Kläger werde je nach Bedarf als Dienstleister/Servicekraft eingesetzt (Doorman, Garderobendienst, Parkplatzeinweisung, Steward, Aufsichtsperson, Bühnenhelfer etc). Weisungen würden von der Beigeladenen zu 1) nicht

erteilt, ggf erfolge eine Weisung seitens des Kunden, welcher evtl auch die Leistung kontrolliere (Schreiben vom 09.03.2014).

Nach Anhörung mit Schreiben vom 19.05.2014 stellte die Beklagte mit Bescheid vom 30.06.2014 fest, dass die Tätigkeit bei der Beigeladenen zu 1) seit 01.12.2013 im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt werde und Versicherungspflicht in der Rentenversicherung bestehe. In den übrigen Zweigen der Sozialversicherung bestehe Versicherungsfreiheit. Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis seien: Tätigkeit am jeweiligen Betriebsort des Kunden; persönliche Ausübung der Tätigkeit; Abrechnung mit Auftraggeber und nicht mit Kunden; keine erheblichen Betriebsmittel; durch Weisungen durch den Kunden des Auftraggebers an Betriebsort, Art und Zeit gebunden; erfolgsunabhängige Stundenvergütung. Merkmale für eine selbstständige Tätigkeit seien: Tätigkeit für mehrere Auftraggeber; Möglichkeit, Aufträge abzulehnen. Im Rahmen der Gesamtwürdigung überwogen die Merkmale für ein abhängiges Beschäftigungsverhältnis.

Hiergegen legte die Beigeladene zu 1) am 07.07.2014 und der Kläger am 21.07.2014 Widerspruch ein. Der Kläger führte zur Begründung aus, er sei nicht weisungsgebunden oder in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) eingegliedert. Neben der Beigeladenen zu 1) sei er 2010 bis 2013 von ca 10 weiteren Firmen mit Bewachungsaufträgen betraut worden. Die jährlichen Betriebsausgaben (2010 – 13.376,73 EUR; 2011 – 20.100,49 EUR; 2012 – 16.975,52 EUR) und auch der Gewinn aus der gewerblichen Tätigkeit (2010 – 9.407,65 EUR; 2011 – 14.128,62 EUR; 2012 – 10.910,79 EUR) seien stark schwankend, hier manifestiere sich das Unternehmerrisiko. Es liege bei Bewachungen in der Natur der Sache, dass der Einsatz von Arbeitsmitteln eher gering sei.

Mit Widerspruchsbescheid vom 26.03.2015 wies die Beklagte die Widersprüche zurück. Der an die Beigeladene zu 1) erteilte Auftrag des Kunden werde lediglich an den Kläger weitergeleitet, die vertraglichen Inhalte seien für ihn verbindlich. Es bleibe nur die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen. Allein dies führe jedoch nicht zum Vorliegen von Selbstständigkeit. Bei Auftragsannahme sei der Kläger in die Arbeitsabläufe der Beigeladenen zu 1) eingebunden, der Arbeitsumfang werde durch deren Kunden bestimmt, maßgebliche eigene Gestaltungsmöglichkeiten des Klägers bestünden nicht. Der Kläger setze ausschließlich die eigene Arbeitskraft ein, es bestehe kein typisches unternehmerisches Risiko.

Hiergegen richtet sich die am 24.04.2015 zum Sozialgericht Heilbronn (SG) erhobene Klage. Zur Begründung wiederholt und vertieft der Kläger sein Vorbringen aus dem Verwaltungsverfahren.

Mit Urteil vom 14.04.2016 hat das SG den angefochtenen Bescheid aufgehoben und festgestellt, dass der Kläger ab 01.12.2013 nicht in einem abhängigen, sozialversicherungspflichtigen Beschäftigungsverhältnis bei der Beigeladenen zu 1) gestanden habe. Zur Begründung hat es im Wesentlichen ausgeführt, der Kläger habe zwar die Aufträge nicht direkt mit den Kunden, sondern der Beigeladenen zu 1) abgerechnet, im Übrigen sei aber keine Eingliederung erkennbar. Der Kläger sei nicht verpflichtet gewesen, tätig zu werden, was gegen eine abhängige Beschäftigung spreche. Vor Ort trage er keine Arbeitskleidung der Beigeladenen zu 1), so dass nicht der Eindruck entstehe, er sei in die Betriebsorganisation eingebunden gewesen. Zwar sei er vor Ort an die Kundenwünsche gebunden gewesen, das treffe jedoch auch auf einen selbstständigen Handwerker zu. Aufgrund der verschiedenen Auftraggeber sei der Kläger von keinem persönlich abhängig. Entscheidend sei das eigene wirtschaftliche Risiko des Klägers; die Kosten für die behördliche Genehmigung 2009 hätten 400 EUR betragen. Er habe auch Berufskleidung, sonstige Ausrüstung und Software angeschafft und eine betriebliche Haftpflichtversicherung abgeschlossen. Es könne ihm nicht vorgeworfen werden, dass er keine höheren Ausgaben getätigt habe, denn solche seien für die Nebentätigkeit nicht erforderlich.

Gegen das ihr am 09.05.2016 zugestellte Urteil richtet sich die am 20.05.2016 eingelegte Berufung der Beklagten. Vorliegend müsse der Subunternehmervertrag im Kontext mit den Einzelaufträgen gesehen werden. Dahinter stünden Vereinbarungen der Beigeladenen zu 1) mit ihren Kunden. Wenn der Kläger für die Beigeladene zu 1) zur Erfüllung deren Leistungsverpflichtung gegenüber deren Kunden tätig werde, erfülle sich darin die klassische Eingliederung in die Betriebsorganisation der Beigeladenen zu 1). Hinsichtlich Ort, Zeit, Art und Weise der Tätigkeit sei der Kläger nicht frei. Er habe vor dem SG selbst erläutert, dass Ort und Art der Tätigkeit von der Dienstanweisung abhängen, die meist mündlich erfolge. Dort werde der Auftragsumfang festgelegt, was bewacht werden solle, worauf besonders aufgepasst werden müsse. Die Möglichkeit, Aufträge abzulehnen bestehe auch im Rahmen abhängiger Versicherungsverhältnisse und begründe keine selbstständige Tätigkeit. Dem Vergleich mit einem Handwerker könne nicht gefolgt werden. Auf eine wirtschaftliche Abhängigkeit komme es nicht an, entscheidend sei, dass kein unternehmerisches Risiko getragen werde.

Die Beklagte beantragt,

das Urteil des Sozialgerichts Heilbronn vom 14.04.2016 aufzuheben und die Klage abzuweisen.

Der Kläger beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Zeit und Ort der Tätigkeit seien in der Natur der Sache begründet, sie ergäben sich aus dem Termin der Veranstaltung und dem Veranstaltungsort. Über die Art und Weise der Tätigkeit als Security-Person sei der Kläger in der Regel bei seinen kurzfristigen Entscheidungen auf sich allein gestellt; wen solle er fragen, wenn sich zB zwei Leute prügeln und er schnell dazwischen gehen müsse, um eine weitere Eskalation zu verhindern. Das große Risiko, das der Kläger bei seiner Tätigkeit trage, sei das Gut seiner Gesundheit bzw dauerhaften körperlichen Unversehrtheit. Käme er bei einer Auseinandersetzung ernsthaft und dauerhaft zu Schaden, müsste er wohl seine selbstständige Tätigkeit zur Gänze aufgeben. Der Kläger trage eben nicht nur das für einen Arbeitnehmer typische Entgeltrisiko. Lediglich das wirtschaftliche Risiko im Hinblick auf Investitionen sei überschaubar, nicht das Gesundheitsrisiko. Als Sicherheitsmann sei der Kläger für einen räumlich abgegrenzten Bereich allein und selbstständig tätig, er arbeite nicht in einem Team untergeordnet.

Die Beigeladenen haben keine Anträge gestellt.

Im Erörterungstermin am 06.12.2016 hat die Berichterstatterin den Kläger und den Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) persönlich angehört. Auf die Niederschrift (Blatt 57 bis 62 Senatsakte) wird insoweit Bezug genommen. 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 Gerichtsakten beider Rechtszüge und die Verwaltungsakten der Beklagten Bezug genommen.

Entscheidungsgründe:

Die Berufung der Beklagten, über die der Senat mit dem Einverständnis der Beteiligten ohne mündliche Verhandlung entscheidet ([§§ 153 Abs 1, 124 Abs 2 Sozialgerichtsgesetz \(SGG\)](#)) hat Erfolg.

Die nach den [§§ 143, 144, 151 Abs 1 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegte Berufung der Beklagten ist statthaft und zulässig und in der Sache auch begründet.

Streitgegenstand des Berufungsverfahrens ist der Bescheid der Beklagten vom 30.06.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2015, mit dem festgestellt worden ist, dass der Kläger in der Zeit ab 01.12.2013 in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) abhängig beschäftigt ist und der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung unterliegt. Eine Versicherungspflicht in den anderen Zweigen der Sozialversicherung hat die Beklagte nicht festgestellt, diese ist daher auch nicht Gegenstand des Verfahrens.

Der Senat hat von Amts wegen das Rubrum berichtigt und die Bezeichnung der Beigeladenen zu 1) von D. S. GmbH & Co.KG geändert in D. M. GmbH & Co.KG. Letzteres entspricht der Bezeichnung der Beigeladenen zu 1), wie sie sich aus dem Handelsregister ergibt (Amtsgericht S., HRA ...). Dass die Beklagte die erstgenannte Bezeichnung in ihren Bescheiden verwendet hat, ist eine unschädliche Falschbezeichnung, denn die Identität der juristischen Person der Klägerin ist geklärt; diese firmiert im Geschäftsleben auch unter der Bezeichnung D. S. GmbH & Co.KG.

Das SG hat der kombinierten Anfechtungs- und Feststellungsklage zu Unrecht stattgegeben, da der Bescheid vom 30.06.2014 in Gestalt des Widerspruchsbescheids vom 26.03.2015 rechtmäßig ist und den Kläger nicht in seinen Rechten verletzt. Der Kläger übte seine Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) ab 01.01.2013 im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung aus. Die Beklagte hat zu Recht für den streitigen Zeitraum das Bestehen von Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung festgestellt.

Nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten schriftlich eine Entscheidung der nach [§ 7a Abs 1 Satz 3 SGB IV](#) zuständigen Beklagten beantragen, ob eine Beschäftigung vorliegt, es sei denn, die Einzugsstelle oder ein anderer Versicherungsträger hatte im Zeitpunkt der Antragstellung bereits ein Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung eingeleitet. Die Beklagte entscheidet aufgrund einer Gesamtwürdigung aller Umstände, ob eine Beschäftigung vorliegt ([§ 7a Abs 2 SGB IV](#)). Das Verwaltungsverfahren ist in Absätzen 3 bis 5 der Vorschrift geregelt. [§ 7a Abs 6 SGB IV](#) regelt in Abweichung von den einschlägigen Vorschriften der einzelnen Versicherungszweige und des SGB IV den Eintritt der Versicherungspflicht (Satz 1) und die Fälligkeit des Gesamtsozialversicherungsbeitrags (Satz 2). Abs 7 der Vorschrift ordnet die aufschiebende Wirkung von Klage und Widerspruch bezüglich der Fälligkeit der Beiträge an (Satz 1). Mit dem rückwirkend zum 01.01.1999 durch das Gesetz zur Förderung der Selbstständigkeit vom 20.12.1999 ([BGBl 2000 I, Seite 2](#)) eingeführten Antragsverfahren soll eine schnelle und unkomplizierte Möglichkeit zur Klärung der Statusfrage erreicht werden; zugleich sollen divergierende Entscheidungen verhindert werden ([BT-Drucks 14/1855, Seite 6](#)). Einen entsprechenden Antrag auf Statusfeststellung hat der Kläger am 27.01.2014 bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriger Antrag bei der Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Der angefochtene Bescheid ist formell rechtmäßig. Die Beklagte hat die Beteiligten vor Erlass der Entscheidung angehört ([§ 24 Sozialgesetzbuch Zehntes Buch \(SGB X\)](#)). Die Beklagte hat auch keine (unzulässige) Elementenfeststellung vorgenommen. Sie hat mit dem Bescheid vom 27.05.2013 die Anforderungen an eine Statusfeststellung auch hinsichtlich des Bestimmtheitsgrundsatzes erfüllt, die das BSG in seiner Rechtsprechung aufgestellt hat (BSG 11.08.2009, [B 12 KR 11/07 R](#), BSGE 108, 17; BSG 04.06.2009, [B 12 R 6/08 R](#), juris). Sie hat ausdrücklich entschieden, dass Versicherungspflicht nur in der gesetzlichen Rentenversicherung besteht.

Die Entscheidung ist auch inhaltlich zutreffend. Der Kläger unterlag in seiner Tätigkeit für die Beigeladene zu 1) ab 01.01.2013 als abhängig Beschäftigter der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterlagen im streitgegenständlichen Zeitraum in der Rentenversicherung der Versicherungs- bzw Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr 1 Sozialgesetzbuch Sechstes Buch \(SGB VI\)](#)). Nach [§ 7 Abs 1 SGB IV](#) ist Beschäftigung die nichtselbstständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis. Nach der ständigen Rechtsprechung des BSG setzt eine Beschäftigung voraus, dass der Arbeitnehmer vom Arbeitgeber persönlich abhängig ist. Bei einer Beschäftigung in einem fremden Betrieb ist dies der Fall, wenn der Beschäftigte in den Betrieb eingegliedert ist und er dabei einem Zeit, Dauer, Ort und Art der Ausführung umfassenden Weisungsrecht des Arbeitgebers unterliegt. Diese Weisungsgebundenheit kann - vornehmlich bei Diensten höherer Art - eingeschränkt und zur "funktionsgerecht dienenden Teilhabe am Arbeitsprozess" verfeinert sein. Demgegenüber ist eine selbstständige Tätigkeit vornehmlich durch das eigene Unternehmerrisiko, das Vorhandensein einer eigenen Betriebsstätte, die Verfügungsmöglichkeit über die eigene Arbeitskraft und die im Wesentlichen frei gestaltete Tätigkeit und Arbeitszeit gekennzeichnet. Ob jemand abhängig beschäftigt oder selbstständig tätig ist, richtet sich ausgehend von den genannten Umständen nach dem Gesamtbild der Arbeitsleistung und hängt davon ab, welche Merkmale überwiegen. Zur Feststellung des Gesamtbilds kommt den tatsächlichen Verhältnissen nicht voraussetzungslos ein Vorrang gegenüber den vertraglichen Abreden zu. Ausgangspunkt für die Beurteilung ist demnach zunächst das Vertragsverhältnis der Beteiligten, so wie es sich aus den von ihnen getroffenen Vereinbarungen ergibt oder sich aus ihrer gelebten Beziehung erschließen lässt (Senatsurteil vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#)). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (zum Ganzen BSG 29.08.2012, B [12 R 25/10 R](#), [BSGE 111,257](#) mwN).

Zur Abgrenzung von Beschäftigung und Selbstständigkeit ist regelmäßig vom Inhalt der zwischen den Beteiligten getroffenen Vereinbarungen auszugehen. Dazu haben Verwaltung und Gerichte zunächst deren Inhalt konkret festzustellen. Liegen schriftliche Vereinbarungen vor, so ist neben deren Vereinbarkeit mit zwingendem Recht auch zu prüfen, ob mündliche oder konkludente Änderungen erfolgt sind. Diese sind ebenfalls nur maßgebend, soweit sie rechtlich zulässig sind. Schließlich ist auch die Ernsthaftigkeit der dokumentierten Vereinbarungen zu prüfen und auszuschließen, dass es sich hierbei um einen bloßen "Etikettenschwindel" handelt, der uU

als Scheingeschäft iS des [§ 117 BGB](#) zur Nichtigkeit dieser Vereinbarungen und der Notwendigkeit führen kann, ggf den Inhalt eines hierdurch verdeckten Rechtsgeschäfts festzustellen. Erst auf Grundlage der so getroffenen Feststellungen über den (wahren) Inhalt der Vereinbarungen ist eine wertende Zuordnung des Rechtsverhältnisses zum Typus der Beschäftigung oder selbstständigen Tätigkeit vorzunehmen und in einem weiteren Schritt zu prüfen, ob besondere Umstände vorliegen, die eine hiervon abweichende Beurteilung notwendig machen (BSG 18.11.2015, [B 12 KR 16/13 R](#), SozR 4-2400 § 7 Nr 25).

Zur Überzeugung des Senats steht im vorliegenden Fall fest, dass der Kläger ausschließlich für die Beigeladene zu 1) tätig war und nicht für deren Kunden. Die Beigeladene zu 1) setzte den Kläger ein, um ihrerseits ihre vertraglich versprochenen Sicherheitsdienstleistungen gegenüber ihren Kunden zu erfüllen. Vertragliche Beziehungen bestanden nur zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) sowie der Beigeladenen zu 1) und deren Kunden, nicht jedoch zwischen dem Kläger und den Kunden. Daraus ergibt sich auch zwangsläufig, dass die Abrechnung nur im Verhältnis zwischen dem Kläger und der Beigeladenen zu 1) erfolgte. Damit ist jedoch noch keine Aussage über den Status des Klägers getroffen, denn die Beigeladene zu 1) kann grundsätzlich die gegenüber ihren Kunden geschuldeten Dienstleistungen sowohl an einen selbstständigen Subunternehmer vergeben als auch durch abhängig beschäftigte Mitarbeiter erbringen.

Für den Senat steht nach dem Gesamtergebnis des Verfahrens Folgendes fest: Nach dem schriftlichen Rahmenvertrag war eine Vergütung der Einzelaufträge mit 12 EUR pro Stunde vereinbart. Die Einzelaufträge wurden idR kurzfristig erteilt über E-Mail, Handy oder SMS. Dabei war der Kläger vollkommen frei, ob er einen entsprechenden Auftrag annimmt. In der jeweiligen Anfrage der Beigeladenen zu 1) wurden lediglich die Angaben Datum, Uhrzeit, Einsatzart (zB Doorman, Einlasskontrolle oder Nachtwache), Einsatzort und Dauer vorab mitgeteilt. Wenn der Kläger einen Auftrag annahm, wurde er erst vor Ort vom Kunden der Beigeladenen zu 1) näher eingewiesen hinsichtlich der Einzelheiten des Auftrags.

Ausgehend hiervon überwiegen nach den dargestellten Grundsätzen zur Überzeugung des Senats in der Zusammenschau aller Gesichtspunkte die Aspekte, die für eine abhängige Beschäftigung sprechen. Als wichtiges Kriterium sieht der Senat an, dass die vom Kläger zu erbringende Leistung bei Auftragsannahme noch nicht genau konkretisiert ist. Übereinstimmend haben der Kläger und der Geschäftsführer der Beigeladenen zu 1) vorgetragen, dass der Kunde vor Ort die näheren Vorgaben macht und die Einzelheiten festlegt. Schon im schriftlichen Verfahren hat die Beigeladene zu 1) insoweit auf Anfrage mitgeteilt, sie selbst weise den Kläger nicht fachlich an, ggf erhalte er "Weisungen" durch den Kunden (Blatt 15 Verwaltungsakte). Insoweit spricht für die Annahme eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses vorliegend die Tatsache, dass die Leistung des Klägers von der Beigeladenen zu 1) benötigt wird, damit diese ihre vertragliche Verpflichtung gegenüber dem Kunden erfüllen kann. Bei dieser Konstellation muss die Beigeladene zu 1) darauf achten, dass die Tätigkeit des Klägers für und bei dem Kunden nicht als Arbeitnehmerüberlassung gewertet werden kann. Denn hierfür bedürfte die Beigeladene zu 1) einer Erlaubnis ([§ 1 Abs 1 Satz 1](#) Arbeitnehmerüberlassungsgesetz - AÜG). Würde sich die Verpflichtung der Beigeladenen zu 1) gegenüber ihrem Kunden 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 Beigeladene zu 1) für die Erfüllung der im Vertrag mit dem Kunden vereinbarten Dienste verantwortlich bleibt. Davon geht der Senat vorliegend aus. Dies setzt allerdings voraus, dass sie über einen ausreichenden Einfluss auf die von ihr zur Ausführung des Dienstvertrages mit dem Kunden eingesetzten Arbeitskräfte verfügt. Ohne dass dies im Rahmenvertrag ausdrücklich geregelt ist, sind sowohl der Kläger als auch die Beigeladene zu 1) unzweifelhaft davon ausgegangen, dass der Kläger verpflichtet ist, den Anweisungen der Kunden zu folgen. Dies bestätigt auch die Aussage des Klägers im Erörterungstermin am 06.12.2016, dass sich die Details des Auftrags auch während des Verlaufs ändern konnten und der Kunde dann auf ihn zugekommen sei. Insoweit macht es für die Frage der Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) keinen relevanten Unterschied, ob die konkreten Weisungen (zB drei Rundgänge zu bestimmten Uhrzeiten) direkt durch den Geschäftsführer an die einzelnen Sicherheitsmitarbeiter erfolgen, wie es nach dessen Aussage bei den festangestellten Mitarbeitern üblich ist, oder ob diese Weisungsbefugnis übertragen wird auf den Kunden. Entscheidend bleibt, dass die konkrete Tätigkeit erst nachträglich durch Weisungen spezifiziert wird, die der Beigeladenen zu 1) aufgrund der vertraglichen Dreieckskonstruktion zuzurechnen sind. Dieser Einfluss entspricht einer arbeitsrechtlichen Direktionsbefugnis. Dass weitere Einzelweisungen nicht erforderlich waren, entspricht der Art der Tätigkeit und der hierfür geforderten fachlichen Qualifikation. Gerade in akuten Konfliktsituationen ist für konkrete Anweisungen im Einzelfall ohnehin keine Zeit.

Die Möglichkeit, Aufträge anzunehmen oder abzulehnen, kann als Indiz für das Vorliegen einer selbstständigen Tätigkeit angesehen werden, weil damit der Kläger über den Umfang seiner Tätigkeit selbst bestimmte. Doch sind ebenso im Rahmen abhängiger Beschäftigung Vertragsgestaltungen nicht unüblich, die es weitgehend dem Beschäftigten überlassen, wie er im Anforderungsfall tätig werden will oder ob er eine Anfrage ablehnt (Senatsurteil vom 18.07.2013, [L 11 R 1083/12](#)). In Abruf- oder Aushilfsbeschäftigungsverhältnissen, in denen auf Abruf oder in Vertretungssituationen, beispielsweise bei Erkrankung und Ausfall von Mitarbeitern, lediglich im Bedarfsfall auf bestimmte Kräfte zurückgegriffen wird, kann die Möglichkeit eingeräumt sein, eine Anfrage abzulehnen. Eine derartige Vereinbarung kann auch arbeitsrechtlich zulässig sein. Dabei handelt es sich dann idR nicht um eine Arbeit auf Abruf iSd § 12 Abs 1 Satz 1 des Gesetzes über Teilzeitarbeit und befristete Arbeitsverträge (TzBfG), sondern um auf den jeweiligen Einsatz bezogene Einzelarbeitsverträge (Ein-Tages-Arbeitsverhältnisse). Nach der Rspr des BAG sind die Arbeitsvertragsparteien nicht gezwungen, statt Einzelarbeitsverträgen ein Abrufarbeitsverhältnis nach [§ 12 TzBfG](#) zu begründen. Auch kann der Arbeitnehmer ein Interesse an einer solchen Vertragskonstruktion haben; denn er kann dadurch über seine Zeit frei verfügen und läuft nicht Gefahr, dass seine anderweitigen Dispositionen und Verpflichtungen mit der Verpflichtung zur Arbeitsleistung kollidieren (BAG 16.05.2012, [5 AZR 268/11](#), [BAGE 141, 348](#)). Derartige Einzelarbeitsverträge können auch in Kombination mit einem Rahmenvertrag vereinbart werden. Ob Dienstleistungen, die auf diese Weise über einen längeren Zeitraum erbracht werden, zu einem einheitlichen Abrufarbeitsverhältnis führen, bedarf hier keiner Entscheidung. Wird die Anfrage angenommen, so wird die Tätigkeit in persönlicher Abhängigkeit in einem fremden Betrieb und damit im Rahmen einer abhängigen Beschäftigung ausgeübt und stellt die Tätigkeit nicht allein wegen der vorhandenen Ablehnungsmöglichkeiten eine selbstständige Tätigkeit dar. Wenn der Kläger einen Auftrag angenommen hatte, musste er auftragsgemäß handeln; mit der Annahme eines Auftrags war er zeitlich und örtlich gebunden und in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) integriert. Im Übrigen ist bei der Beurteilung, ob eine Beschäftigung im Sinne von [§ 7 SGB IV](#) vorliegt, unbeachtlich, ob die konkrete Vertragsgestaltung arbeitsrechtlich zulässig ist. Die Möglichkeit, Aufträge nach freiem Entschluss anzunehmen oder abzulehnen, führt daher nicht zwingend zur Annahme einer selbstständigen Tätigkeit.

Dass keine Arbeitnehmerschutzrechte wie Lohnfortzahlung im Krankheitsfall oder bezahlter Urlaub vereinbart waren, kann nicht als Indiz für selbstständige Tätigkeit herangezogen werden. Solche Vertragsgestaltungen sind als typisch anzusehen, wenn beide Seiten eine

selbstständige freie Mitarbeit wollten. Auch die Gewerbeanmeldung ist aus denselben Gründen kein aussagekräftiges Indiz. Dagegen ist die Gewerbeerlaubnis der Gemeinde A. vom 25.02.2009 betreffend die Tätigkeit des Klägers im Bewachungsgewerbe eher ein Kriterium für eine selbstständige Tätigkeit, da diese nach [§ 34a GewO](#) für die gewerbliche Ausübung der Tätigkeit erforderlich ist.

Die vertraglich eingeräumte Möglichkeit, sich zur Durchführung von Aufträgen auch Erfüllungsgehilfen zu bedienen (§ 3 Subunternehmervertrag) spricht zunächst gegen das Vorliegen von Beschäftigung, denn hierfür ist typisch, dass die Tätigkeit in der Regel in eigener Person erbracht wird. Arbeitnehmer haben ihre Arbeitsleistung in der Regel höchstpersönlich zu erbringen und dürfen sich hierbei nicht Dritter als Erfüllungsgehilfen bedienen (BSG 31.03.2015, [B 12 KR 17/13 R](#), juris). Allerdings führt das bloße Bestehen der Möglichkeit der Einschaltung Dritter in die Leistungserbringung nicht automatisch zur Annahme (unternehmerischer) Selbstständigkeit im Rechtssinne. Sie stellt vielmehr nur eines von mehreren im Rahmen der Gesamtwürdigung zu berücksichtigenden Anzeichen dar, das gegen die Annahme eines Arbeitsverhältnisses spricht (BSG 11.03.2009, [B 12 KR 21/07 R](#), juris). Insbesondere in Fällen wie vorliegend, in denen tatsächlich zu keinem Zeitpunkt eine Delegation erfolgt ist, kommt dem Kriterium der Delegationsbefugnis nur eine untergeordnete Bedeutung zu.

Der Kläger hat nur ein geringes Unternehmerrisiko getragen. Maßgebliches Kriterium für ein solches Risiko eines Selbstständigen ist, ob eigenes Kapital oder die eigene Arbeitskraft auch mit der Gefahr eines Verlustes eingesetzt wird, der Erfolg des Einsatzes der Mittel also ungewiss ist (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Allein das Risiko, mangels Aufträgen nicht durchgehend arbeiten zu können, spielt dabei keine Rolle, denn es trifft jeden Arbeitnehmer, der nur Zeitverträge bekommt oder auf Abruf arbeitet oder unständig Beschäftigter ist (Urteil des Senats vom 20.10.2015, [L 11 R 3898/14](#); Senatsbeschluss vom 19.11.2012, [L 11 R 3751/12 ER-B](#)). Zum echten Unternehmerrisiko wird dieses erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen erzielt wird, sondern auch Kosten für betriebliche Investitionen oder Arbeitnehmer anfallen oder früher getätigte Investitionen brach liegen (LSG Baden-Württemberg 02.09.2011, [L 4 R 1036/10](#), juris). Erhebliche Investitionen erforderte die hier ausgeübte Tätigkeit im Sicherheitsdienst nicht, es handelt sich um eine generell eher betriebsmittelarmer Tätigkeit. Sicherlich ist die Tätigkeit mit einem erhöhten gesundheitlichen Risiko verbunden, dies betrifft jedoch in gleicher Weise fest angestellte Security-Mitarbeiter. Insbesondere die Art der Entlohnung spricht eher für abhängige Beschäftigung. Der Kläger erhielt ein festes Stundenhonorar iHv 12 EUR. Damit erhielt er eine garantierte Vergütung für den Einsatz seiner Arbeitskraft. Die Höhe der Entlohnung ist auch eher typisch für den Bereich abhängiger Beschäftigung. Bereits der ab 01.06.2011 in Baden-Württemberg geltende Mindestlohn im Wach- und Sicherheitsgewerbe belief sich auf 8,60 EUR, die angestellten Mitarbeiter der Beigeladenen zu 1) erhielten nach deren Auskunft 10 EUR netto pro Stunde.

In der Gesamtabwägung kommt den für eine abhängige Tätigkeit sprechenden Gesichtspunkten insbesondere im Hinblick auf die tatsächliche Eingliederung in den Betrieb der Beigeladenen zu 1) bei nur geringem Unternehmerrisiko des Klägers nach alledem stärkeres Gewicht zu. Angesichts dessen kommt es auf den tatsächlichen Willen der Vertragsparteien, keine sozialversicherungspflichtige Beschäftigung begründen zu wollen, nicht mehr an. Diesem Willen kommt nach der Rechtsprechung des BSG indizielle Bedeutung nur zu, wenn dieser Wille den festgestellten sonstigen tatsächlichen Verhältnissen nicht offensichtlich widerspricht und er durch weitere Aspekte gestützt wird bzw die übrigen Umstände gleichermaßen für Selbstständigkeit wie für eine Beschäftigung sprechen (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris). Dies ist hier jedoch nicht der Fall angesichts des Überwiegens der für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Kriterien.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#).

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2017-04-03