

## L 8 BA 449/19

Land  
Baden-Württemberg  
Sozialgericht  
LSG Baden-Württemberg  
Sachgebiet  
Sonstige Angelegenheiten  
Abteilung

8  
1. Instanz  
SG Reutlingen (BWB)  
Aktenzeichen  
S 2 R 1476/17  
Datum

16.10.2018  
2. Instanz  
LSG Baden-Württemberg  
Aktenzeichen  
L 8 BA 449/19  
Datum

25.10.2019  
3. Instanz  
Bundessozialgericht  
Aktenzeichen

-  
Datum

-  
Kategorie  
Urteil

Die Berufung der Klägerin zu 1 und des Klägers zu 2 gegen das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 16.10.2018 wird zurückgewiesen. Außergerichtlichen Kosten sind auch im Berufungsverfahren nicht zu erstatten.

Tatbestand:

Zwischen den Beteiligten ist streitig, ob die vom Kläger zu 2 für die Klägerin zu 1 ausgeübte Tätigkeit in der EDV-Betreuung eines Endkunden der Klägerin zu 1 in der Zeit vom 14.03.2016 bis zum 31.10.2017 als abhängige Beschäftigung der Versicherungsspflicht in der gesetzlichen und Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hatte.

Die Klägerin zu 1 ist ein in der Rechtsform einer GmbH geführtes EDV-Unternehmen, das im Bereich der Beratung, Planung, Installation und Konfiguration von Systemen sowie der Betreuung von EDV-Programmen tätig ist; sie betreibt Fernwartung und ein Kunden-Support-Center (<https://xxxgmbh/index.html>).

Der 1969 geborene Kläger zu 2, Büroinformationselektroniker, war zunächst als Gesellschafter-Geschäftsführer der Klägerin zu 1 (Gesellschaftsanteil: 24,5 %) tätig. Zum 31.12.2015 schied er als Gesellschafter aus der Klägerin zu 1 aus und war bis 29.02.2016 (dazu vgl. Blatt 40 RS der Senatsakte) bei der Klägerin zu 1 abhängig beschäftigt. Seither ist er mit einem eigenen EDV-Unternehmen ("R. EDV-Berater" im Internet vgl. <http://xxxx.de/>) selbständig tätig. Auch nach seinem Ausscheiden betreute er jedoch einen Kunden der Klägerin zu 2 (Endkunde), ein Autohaus mit mehreren Niederlassungen, weiter, den er während seiner Tätigkeit als Gesellschafter-Geschäftsführer für die Klägerin zu 1 als Kunden gewonnen und betreut hatte (zu dem zwischen der Klägerin zu 1 und dem Endkunden geschlossenen Vertrag, der im Verhältnis zu dem Wartungsvertrag zwischen der Klägerin zu 1 und dem Kläger zu 2 inhaltlich lediglich abweichende Euro-Beträge vorsieht, vgl. Blatt 49/52 der Senatsakte). Dazu war der Kläger zu 2 teilweise beim Endkunden in den Niederlassungen, teilweise erledigte er anfallende Arbeiten von seinem Büro aus.

Am 16.06.2016 beantragte der Kläger zu 2 (Blatt 2/9 der Beklagtenakte) bei der Beklagten die Feststellung seines sozialversicherungsrechtlichen Status. Er gab hierbei an, dass er seit 14.03.2016 für die Klägerin zu 1 im Telefon- Remote- und Vor-Ort-Support tätig sei. Er habe ca. 5 Vor-Ort-Termine in den Betriebsstätten beim Endkunden wahrzunehmen. Ansonsten übe er seine Tätigkeit vor Ort und von seinem Büro in P. aus. Eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin zu 1 bestehe nicht. Er trage ein volles Unternehmerrisiko, so habe er eigene Büroräume und Versicherungen sowie einen eigenen PKW.

Der zwischen dem Kläger zu 2 und der Klägerin zu 1 geschlossene Wartungsvertrag vom 14.03.2016 (Blatt 8/10 der Beklagtenakte) bestimmt folgendes:

"Wartungsvertrag zwischen EDV H. GmbH - nachfolgend Auftraggeber genannt - und R.G. EDV-Berater - nachfolgend Auftragnehmer genannt -

1. Gegenstand des Vertrages Dieser Vertrag regelt den Telefon-, Remote und Vor-Ort Support für Benutzer und den bestehenden Client-PCs, sowie die Serverwartung und das Backup der Betriebsstätten der Autohaus Mühlenberg Gruppe.

2. Leistungen des Auftragnehmers Der Auftragnehmer verpflichtet sich während der Laufzeit des Vertrages zu folgenden Leistungen: a) Störungsmeldungen per Telefon, E-Mail oder Ticket-System entgegenzunehmen b) Fehlerbehebung per Telefon, Fernwartung oder vor Ort Einsatz 1. Unterstützung bei Überwachung der bestehenden Windows Serversysteme inkl. Updates, Früherkennung, Eventlogprüfung und

Kapazitätsüberwachung sowie Kontrolle der Datensicherungen. 2. 5 vor Ort Termine pro Monat in den Betriebsstätten der Autohaus Mühlenberg Gruppe

3. Ort der Leistungserbringung a) Die Leistungen werden i. d. R. per Fernwartung und/oder Telefon erbracht. b) Bei Wartungsleistungen vor Ort, außerhalb der Regelterminen, werden die Anfahrtkosten gesondert, nach tatsächlichem Aufwand berechnet. /

4. Vergütung und Abrechnung Die Leistungen des Auftragnehmers werden vom Auftraggeber wie folgt vergütet: a) Der Telefon- und Fernwartungssupport ist auf 15 Arbeitsstunden monatlich begrenzt, Neuinstallationen sind nicht Inbegriffen, das Kontingent kann nicht übertragen werden. b) Sollte im Rahmen des Wartungsvertrages Hardware oder Software Lizenzen benötigt werden, so wird diese gesondert berechnet. c) Sollten weitere Stunden für Dienstleistungen notwendig sein, werden diese gesondert verrechnet. Die Vergütung hierfür beträgt 75,- EUR pro Stunde. d) Der Auftragnehmer verpflichtet sich zur Buchführung und Nachweis über geleistete Stunden. e) Die Vergütung beträgt 4000,- EUR monatlich und wird per Rechnung mit dem Auftraggeber abgerechnet. f) Sämtliche Preisangaben sind Nettopreise zuzüglich der jeweiligen gesetzlichen Mehrwertsteuer.

5. Haftung Haftung übernimmt der Auftragnehmer nur in zwingend vom Gesetz vorgeschriebenen Fällen/ ansonsten sind Ansprüche jeglicher Art ausgeschlossen, insbesondere Schadensersatz wegen Vertragsverletzungen, wegen Nichterfüllung, unerlaubter Handlung und wegen Verzugs.

6. Datenschutzbestimmungen Der Auftragnehmer trägt dafür Sorge, dass alle Personen, die von ihr mit der Erfüllung dieser Vereinbarung betraut sind, die gesetzlichen Bestimmungen über Datenschutz, Geheimhaltung und Sicherheit beachten und die aus dem Bereich des Auftraggebers erlangten Informationen nicht ohne vorherige schriftliche Zustimmung des Auftraggebers an Dritte weitergeben oder in sonstiger Weise verwertet werden. Die vorgenannten Verpflichtungen gelten auch nach Vertragsende fort.

7. Geltungsdauer und Kündigung Der Vertrag tritt am 01.03.2016 in Kraft. Der Supportvertrag wird auf unbestimmte Zeit geschlossen. Er kann mit einer Kündigungsfrist von drei Monaten zum Monatsende schriftlich gekündigt werden.

8. Schlussbestimmungen a) Gerichtsstand ist Reutlingen. b) Es findet ausschließlich das Recht der Bundesrepublik Deutschland Anwendung. c) Nebenabreden und Vertragsänderungen bedürfen zu Ihrer Gültigkeit der Schriftform. d) Sollten sich einzelne Bestimmungen dieses Vertrages ganz oder teilweise als unwirksam oder undurchführbar erweisen oder infolge Änderungen der Gesetzgebung nach Vertragsabschluss unwirksam oder undurchführbar werden, bleiben die übrigen Vertragsbestimmungen und die Wirksamkeit des Vertrages im Ganzen hiervon unberührt. An die Stelle der unwirksamen oder undurchführbaren Bestimmung soll die wirksame und durchführbare Bestimmung treten, die dem Sinn und Zweck der nichtigen Bestimmung möglichst nahe kommt. Die vorstehenden Bestimmungen gelten entsprechend für den Fall, dass sich der Vertrag als lückenhaft erweist."

Der Nachtrag zu diesem Vertrag vom 04.05.2016 (Blatt 19 der SG-Akte) sieht folgendes vor: "Nachtrag zum Wartungsvertrag vom 14.03.2016 zwischen EDV H. GmbH und R. G. EDV-Berater 9. Nicht erfüllte Leistung durch Krankheit oder Abwesenheit Sollte der Auftragnehmer 1 oder mehrerer vor Ort Termine nicht wahrnehmen können, so wird pro versäumten Tag die Vergütung um 600,- EUR geschmälert. Sollte der Auftragnehmer, aufgrund von Krankheit oder Abwesenheit sonstige Leistungen nicht erbringen, so werden diese nach tatsächlich auffallendem Aufwand in der Vergütung geschmälert."

Der Kläger zu 2 machte mit Schreiben vom 25.08.2016 (Blatt 15/21 der Beklagtenakte) weitere Angaben. Er habe seine Tätigkeit als Subunternehmer der Klägerin zu 1 in den Geschäftsräumen des Endkunden an 5 Tagen monatlich ausgeübt. Darüber hinaus habe er von seinem Büro monatlich maximal 15 Stunden Telefon- und Fernwartungssupport geleistet. Sämtliche Arbeiten seien von ihm selbst ausgeführt worden. Weisungen habe er keine erhalten. Die Leistungen seien monatlich mit Rechnung gegenüber der Klägerin zu 1 abgerechnet worden.

Mit Schreiben vom 28.10.2016 hörte die Beklagte die Klägerin zu 1 und den Kläger zu 2 (Blatt 29/30, 31/32 der Beklagtenakte) über die beabsichtigte Feststellung einer abhängigen Beschäftigung sowie der Feststellung der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung an; in der Kranken- und Pflegeversicherung bestünde keine Versicherungspflicht.

Der Kläger zu 2 teilte mit (Schreiben vom 18.11.2016, Blatt 34/36 der Beklagtenakte), er habe der Klägerin zu 1 nicht seine Arbeitskraft geschuldet, sondern als deren Subunternehmer den von dieser der Endkundin im Rahmen des Werkvertrages geschuldeten Erfolg. Zeitpunkte, zu denen die Vororttermine beim Endkunden stattzufinden hätten, seien nicht vorgegeben gewesen, sondern von ihm in Abstimmung mit dem Endkunden festgelegt worden. Seine Tätigkeit beim Endkunden sei, neben der Leistungserbringung von zu Hause aus per Fernwartung und/oder Telefon, nicht Ausfluss eines Direktionsrechts der Klägerin zu 1, sondern den Sachzwängen der Auftragsausführung geschuldet. Festpreisvereinbarungen seien bei den vorliegenden Service- und Wartungsarbeiten allgemein üblich; da die zu erbringende Leistung gleich sei, gelte dies auch für die hierfür vereinbarte Vergütung. Bei Vereinbarung eines Festpreises müsse der Leistungsumfang gegenständlich und zeitlich genau festgelegt werden, andernfalls drohten vom Auftraggeber Leistungserweiterungen ohne Vergütung. Bei den von ihm erbrachten EDV-Dienstleistungen gebe der Auftrag nur den Rahmen vor, während die zu erbringenden Einzelleistungen von den auftretenden EDV-Problemen abhängen bzw. vom Endkunden konkret angefordert worden seien. Inhalt, Durchführung, Zeit, Ort und sonstige Modalitäten der zu erbringenden Tätigkeit habe er nicht mit der Klägerin zu 1, sondern mit der Endkundin abgestimmt. Er habe keiner Weisung unterlegen und sei nicht in die Arbeitsorganisation der Klägerin zu 1 eingebunden gewesen. Er habe auch ein Unternehmerrisiko getragen, als er eine Vergütung nur beanspruchen könne, wenn er die vereinbarte Leistung auch erbringe, wohingegen einem Beschäftigten ein Lohnanspruch schon dann zustehe, wenn er sich arbeitsbereit halte.

Mit Bescheiden vom 01.12.2016 stellte die Beklagte gegenüber der Klägerin zu 1 und dem Kläger zu 2 (Blatt 38/40, 41/43 der Beklagtenakte) fest, die Tätigkeit des Klägers zu 1 bei der Klägerin zu 1 werde im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses ausgeübt. In diesem Beschäftigungsverhältnis bestehe Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung; die Versicherungspflicht beginne am 14.03.2016. In der Kranken- und Pflegeversicherung bestehe keine Versicherungspflicht.

Hiergegen erhob die Kläger zu 1 am 28.12.2016 (Blatt 44/49 der Beklagtenakte) Widerspruch, den die Beklagte auch als Widerspruch des Klägers zu 2 wertete. Es bestehe weder ein Weisungsrecht des Auftraggebers noch des Endkunden, noch sei der Kläger zu 2 in ihre Arbeitsorganisation eingegliedert. Der Kläger zu 2 übe seine Tätigkeit nicht bei ihr, sondern ausschließlich beim Endkunden aus. Der Kläger zu 2 sei bei der Zusammenarbeit mit den Mitarbeitern des Endkunden beratend, nicht mitarbeitend tätig. In fachlicher Hinsicht bestehe kein Weisungsrecht. Auch die Vergütung, es sei kein Stundenlohn vereinbart, spreche für eine selbständige Tätigkeit, der Kläger zu 2 erhalte eine feste monatliche Vergütung von 4.000 EUR als Fest- bzw. Pauschalpreisvergütung, was eine übliche Vertragsmodalität bei selbständig durchgeführten Tätigkeiten sei, insbesondere bei einem vereinbarten Zeitbudget. Die vereinbarte Pauschalvergütung habe der Kläger zu 2 nur dann in Rechnung stellen können bei vollständig tatsächlich erbrachter Leistung. Er habe auch ein Unternehmerrisiko getragen. Da ihm kein Mindesteinkommen garantiert sei, liege sein Unternehmerrisiko im Einsatz seiner Arbeitskraft. Für eine selbständige Tätigkeit spreche auch, dass der Kläger zu 2 gleichzeitig noch für andere (eigene) Auftraggeber tätig sei.

Mit Widerspruchsbescheiden vom 17.05.2017 wies die Beklagte den Widerspruch gegenüber der Klägerin zu 1 und dem Kläger zu 2 (Blatt 54/56, 57/59 der Beklagtenakte) zurück.

Die Kläger zu 1 und zu 2 haben am 19.06.2017 beim Sozialgericht (SG) Reutlingen unter Wiederholung ihres Vortrages aus dem Widerspruch Klage erhoben. Der Kläger zu 2 sei selbständiger EDV-Berater und über seine Tätigkeit für die Klägerin zu 1 bei deren Endkunden als Selbständiger und nicht im Rahmen eines abhängigen Beschäftigungsverhältnisses aus. Er habe eine Vielzahl weiterer Auftraggeber; die Anzahl der Beschäftigungsverhältnisse sei in der Regel auf 1 bis höchstens 3 begrenzt. Falsch sei die Annahme, dass es sich bei der Tätigkeit des Klägers zu 2 als EDV-Berater um keine abgrenzbare, von vornherein bestimmte Tätigkeit handle. Tatsächlich habe die Klägerin zu 1 vom Endkunden einen konkreten Auftrag erhalten und bediene sich zur Erfüllung dieses Auftrages des Klägers zu 2 als Subunternehmer. Diesem stehe frei, ob er sich zur Erfüllung der übernommenen Verpflichtung eigener Beschäftigter oder selbständiger Subunternehmer bediene oder auch ein Unternehmen mit mehreren Beschäftigten oder ein Einzelunternehmen beauftrage, so wie die Klägerin zu 1. Die Untervergabe des Auftrages bewirke nicht, dass der Kläger zu 2 hierdurch funktionsgerecht dienend in fremde Betriebsabläufe integriert werde.

Im nichtöffentlichen Termin vom 12.06.2018 (zum Protokoll vgl. Blatt 40/41a der SG-Akte) hat das SG Herrn H., den Geschäftsführer der Klägerin zu 1, und den Kläger zu 2 angehört. Ausgeführt worden war, dass der Endkunde, nachdem der Kläger zu 2 aus der Gesellschaft ausgeschieden sei, ausdrücklich die weitere Betreuung durch den Kläger zu 2 gewünscht habe, weshalb der Wartungsvertrag vom 14.03.2016 geschlossen worden sei. Es sei die gleiche Tätigkeit gewesen, die er auch schon als Angestellter der Klägerin zu 1 beim Endkunden ausgeführt hatte. Für den Endkunden habe sich durch die Veränderung im Verhältnis zwischen der Klägerin zu 1 und dem Kläger zu 2 nichts geändert. Er habe seine Termine jedoch selbst mit dem Endkunden ausgemacht, nicht mehr über die Klägerin zu 1. Vertragspartner seien aber noch immer der Endkunde und die Klägerin zu 1 gewesen. Die Klägerin zu 1 habe die Arbeit nicht kontrolliert, allenfalls sei eine Kontrolle durch den Endkunden erfolgt. Der Kläger zu 2 habe für seine Tätigkeit Rapportzettel ausgefüllt, die der Endkunde unterschrieben habe; er habe die Rapportzettel jedoch nie an die Klägerin zu 1 weitergeleitet, sondern nur die monatliche Rechnung über die von ihm beim Endkunden geleisteten Stunden geschrieben. Für Software habe die Klägerin zu 1 keine Lizenzen gestellt, diese seien vielmehr vom Endkunden bzw. dem VW-Konzern gekommen. Es liege auch keine tätigkeitsunabhängige Vergütung vor.

Mit Urteil vom 16.10.2018 hat das SG die Klage abgewiesen.

Gegen das ihrem Bevollmächtigten am 08.01.2019 zugestellte Urteil haben die Klägerin zu 1 und der Kläger zu 2 am 08.02.2019 beim Landessozialgericht (LSG) Baden-Württemberg Berufung eingelegt. Das SG habe zu Unrecht angenommen, dass der Kläger zu 2 bei seiner Tätigkeit als Subunternehmer der Klägerin zu 1 bei deren Endkunde Beschäftigter gewesen sei. Beide vom SG herangezogenen Aspekte seien völlig untauglich ein Beschäftigungsverhältnis zu begründen. Die Klägerin zu 1 habe von ihrem Kunden einen Auftrag für IT-Supportleistungen erhalten. Diesen Auftrag habe sie nicht mit eigenen Arbeitnehmern erfüllt, sondern den Auftrag an den Kläger zu 2 untervergeben. Die Auftragsvergabe an Subunternehmer sei gerade im IT-Bereich gängige Praxis. Hätte die Klägerin zu 1 den Auftrag an einen anderen IT-Dienstleister, wie z.B. IBM, Bechtle, Datagroup, erteilt, wäre das SG wohl kaum auf die Idee gekommen, dass diese Subunternehmen oder deren Arbeitnehmer hierdurch Arbeitnehmer des Auftraggebers geworden wären. Nur weil der Kläger zu 2 Einzelunternehmer sei, könne es bei diesem nicht anders sein. Würde man mit der Beklagten für eine Eingliederung in die Betriebsorganisation des Auftraggebers schon die Übertragung einer konkreten Funktion, d.h. eine bloße Auftragsvergabe, ausreichen lassen, gäbe es überhaupt keine selbstständigen Einzelunternehmer mehr. Der Gesetzgeber gehe demgegenüber von der Existenz von Soloselbstständigen aus. Ein Subunternehmer unterliege unabhängig von seiner Rechtsform bei seiner Tätigkeit für den Endkunden gegenüber seinem Auftraggeber einem Wettbewerbsverbot und sei daher nicht berechtigt unter dessen Umgehung und zu dessen Nachteil während seiner Tätigkeit für den Endkunden für diesen auf eigene Rechnung tätig zu werden. Dieser Umstand sei ein typisches Merkmal eines Subunternehmerverhältnisses und damit entgegen dem SG ein Indiz für die Selbstständigkeit des Klägers zu 2. Das SG habe auch beim Kläger zu 2 ein erhebliches unternehmerisches Risiko nicht zu erkennen können. Es habe dabei übersehen, dass bei der hier vorliegenden Untervergabe eines bestimmten Auftrags das Risiko des Subunternehmers dem seines Auftraggebers entspreche. Insbesondere trügen beide das Vergütungsrisiko, nur mit dem Unterschied, dass es beim Auftraggeber von der Bonität des Kunden und beim Subunternehmer von der Bonität seines Auftraggebers abhängige. Die Klägerin zu 1 habe für den Auftrag mit ihrem Kunden eine feste monatliche Vergütung vereinbart gehabt. Wenn bei der Untervergabe des gesamten Auftrags dann der Subunternehmer ebenfalls eine „erfolgsunabhängige“ feste monatliche Vergütung erhalte, sei dies nur folgerichtig. Wenn das Risiko des Auftragnehmers dem seines Auftraggebers entspreche, sei dies ein Indiz für dessen Selbstständigkeit. Natürlich habe auch ein Arbeitnehmer ein Entgeltrisiko in dem Sinne, dass eine Lohnzahlung von der Bonität seines Arbeitgebers abhängige. Das so verstandene Entgeltrisiko sei aber zur Abgrenzung einer selbstständigen Tätigkeit von einer Beschäftigung völlig untauglich. Das SG habe verkannt, dass das Hauptrisiko einer selbstständigen Tätigkeit im Dienstleistungsbereich nicht darin bestehe, ob man vom Auftraggeber die vereinbarte Vergütung erhalte, sondern dass man überhaupt den Auftrag erhalte. Man müsse im Markt bestehen können und dies zu auskömmlichen Preisen. Darin liege das wesentliche Unternehmerrisiko. Kennzeichnend für das Unternehmerrisiko sei damit das Auftragsbeschaffungsrisiko. Während ein Auftragnehmer nur eine Vergütung erhalte, wenn er einen Auftrag erlange, trage bei einem Arbeitnehmer dieses Beschaffungsrisiko ausschließlich der Arbeitgeber. Ein Arbeitnehmer müsse seine Arbeitskraft lediglich anbieten, um seinen Monatslohn zu erhalten. Es sei Aufgabe des Arbeitgebers für diesen eine Tätigkeit zu finden. Finde er wegen Auftragsmangels keine, müsse er den Arbeitnehmer dennoch bezahlen. Besonders deutlich werde dies bei einem Zeitarbeitsunternehmen. Dort stellt sich allenfalls die Frage, ob der Zeitarbeiter vielleicht Arbeitnehmer des Kunden sei, was das SG hier zu Recht verneint habe. Wesentliches Merkmal der Beschäftigung sei das Direktionsrecht des

Arbeitgebers. Er sei berechtigt, dem Arbeitnehmer jederzeit eine andere Tätigkeit zuzuweisen. Genau hieran fehle es im Streitfall. Der Kläger zu 2 sei nur verpflichtet gewesen, den übernommenen Auftrag bei dem Endkunden auszuführen. Die Klägerin zu 1 sei nicht berechtigt gewesen, ihn stattdessen im Rahmen eines Direktionsrechts bei einem anderen Kunden einzusetzen. Die Tätigkeit des Klägers zu 2 sei eindeutig auftragsbezogen und nicht auftraggeberbezogen gewesen. Dies habe das SG völlig verkannt. Von einer abhängigen Beschäftigung des Klägers zu 2 bei der Klägerin zu 1 könne daher nicht die Rede sein. Für die selbstständige Tätigkeit des Klägers zu 2 spreche auch, dass dessen Tätigkeit für die Klägerin zu 1 mit Ablauf des dieser vom Kunden erteilten Auftrags zum 31.10.2017 geendet habe. Wäre der Kläger zu 2 deren Arbeitnehmer gewesen, hätte sie ihm eine andere Tätigkeit zuweisen können und müssen und unabhängig davon die vereinbarte Vergütung weiterzahlen müssen. Dafür gebe der zwischen ihnen geschlossene Vertrag aber nichts her. Weiter sei zwar nur das streitgegenständliche Auftragsverhältnis zu prüfen, dies rechtfertige es aber nicht, alle anderen Aufträge des Klägers zu 1 völlig außer Acht zu lassen, zumal der streitgegenständliche Auftrag nur ein Bruchteil der Arbeitszeit des Klägers zu 2 beansprucht habe.

Die Klägerin zu 1 und der Kläger zu 2 beantragen,

das Urteil des Sozialgerichts Reutlingen vom 16.10.2018 aufzuheben und unter Aufhebung der Bescheide der Beklagten vom 01.12.2016 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 17.05.2017 festzustellen, dass der Kläger zu 2 bei seiner Tätigkeit für die Klägerin zu 1 in der Zeit vom 14.03.2016 bis zum 31.10.2017 keine abhängige Beschäftigung ausgeübt hatte und nicht der Versicherungspflicht in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung unterlegen hatte.

Die Beklagte beantragt,

die Berufung zurückzuweisen.

Die Beklagte hält die angefochtene Entscheidung für zutreffend.

Im nichtöffentlichen Termin vom 17.05.2019 (zum Protokoll vgl. Blatt 25/27a der Senatsakte) wurden die Beteiligten angehört. Ein angeregter Vergleich kam nicht zustande.

Die Beklagte hat sich mit Schreiben vom 13.06.2019 (Blatt 32/33 der Senatsakte) geäußert und mit Schreiben vom 24.07.2019 (Blatt 35 der Senatsakte) u.a. ausgeführt, der Kläger zu 2 habe die Betreuung des betreffenden Endkunden aus der vorherigen abhängigen Beschäftigung erst als Gesellschafter-Geschäftsführer, dann als Angestellter der Klägerin zu 1 fortgeführt. Angabegemäß habe der Kläger zu 2 als Angestellter genau die gleiche Tätigkeit ausgeübt, die er danach in der streitigen Zeit ausgeübt habe. Der Kläger zu 2 habe eine erfolgsunabhängige monatlich gleichbleibende Vergütung erhalten. Das Risiko, Aufträge zu beschaffen und somit unregelmäßig und nicht durchgehend arbeiten zu können, sei ein Risiko das jeden Auftragnehmer treffe, der nur Zeitverträge bekomme oder auf Abruf arbeite und nach Stunden oder Tagessätzen bezahlt werde oder unständig Beschäftigter sei. Zum echten Unternehmerrisiko werde dieses Risiko deshalb regelmäßig erst, wenn bei Arbeitsmangel nicht nur kein Einkommen oder Entgelt aus Arbeit erzielt werde, sondern auch Kosten (in erheblichem Umfang) für betriebliche Investitionen und/oder Arbeitnehmer anfielen oder früher getätigte Investitionen brach lägen

Die Klägerin zu 1 und der Kläger zu 2 haben mit Schreiben vom 04.09.2019 (Blatt 38/39 der Senatsakte) ausgeführt, das SG habe die Gesamtumstände fehlerhaft gewürdigt und deshalb fälschlicherweise eine abhängige Beschäftigung des Klägers zu 2 angenommen. Dass der Kläger zu 2 als Subunternehmer den gleichen Endkunden betreut habe, wie zuvor als Geschäftsführer der Klägerin zu 1, besage etwas über dessen Standing beim Endkunden, nichts jedoch über dessen Weisungsabhängigkeit gegenüber der Klägerin zu 1. Das Argument, der Kläger zu 2 habe seine Tätigkeit fortgeführt, klinge zwar einleuchtend, gehe aber an der Sache vorbei. Während nämlich ein Arbeitnehmer die Tätigkeiten ausführen müsse, die ihm sein Vorgesetzter anweise, übe ein Selbstständiger nur die konkreten von ihm übernommenen Aufträge aus. Während ein Arbeitgeber seinen Arbeitnehmer vom Kunden A abziehen und zu einem anderen Kunden B schicken könne, könne er einen Subunternehmer, der den Auftrag beim Kunden A übernommen habe, gerade nicht zum Kunden B schicken oder diesem stattdessen andere - sei es auch gleichwertige - Tätigkeiten abverlangen. Als der Kläger zu 2 noch Geschäftsführer der Klägerin zu 1 gewesen sei, sei er nicht ausschließlich für den Endkunden tätig gewesen, sondern habe weitere Tätigkeiten für die Klägerin zu 1 ausgeübt. Er habe auch eine völlig andere, nämlich höhere Vergütung erhalten. Die „Fortführung“ einer von vielen Tätigkeiten sei daher als Argument für eine abhängige Beschäftigung völlig untauglich. Die Beispiele, die die Beklagte dafür nenne, dass das Risiko Aufträge zu beschaffen auch Arbeitnehmer treffe, zeige, dass dieses Kriterium für die Abgrenzung zur Selbstständigkeit ebenfalls untauglich sei. Ein echtes Unternehmerrisiko erst bei erheblichen Kosten anzunehmen, sei insbesondere bei Dienstleistungsberufen und Solo-Selbständigen mit geringen Fixkosten völlig verfehlt. Hätte der Gesetzgeber dies gewollt, hätte er ins Gesetz geschrieben, dass bei geringen Kosten stets eine abhängige Beschäftigung vorliege. Dies habe er nicht getan, weil das für die Selbstständigkeit typische Unternehmerrisiko nicht (nur) in den Ausgaben, sondern vor allem in den ungesicherten Einnahmen bestehe. Die Abrufarbeit sei gesetzlich geregelt und räume dem Arbeitnehmer Rechte ein und garantiert diesem ein Mindesteinkommen. Abrufarbeit oder befristete Arbeitsverträge mit selbstständiger Tätigkeit gleichzusetzen, bedeute daher Äpfel mit Birnen zu vergleichen. Wie die vom SG und der Beklagten hervorgehobenen Merkmale zeigten, seien bei Arbeitnehmern nach § 7 SGB IV und Selbständigen viele Merkmale in beiden Statusverhältnissen vertreten und daher zur Abgrenzung untauglich, insbesondere bei Solo-Selbständigen. Das Ergebnis beruhe oft auf tradierten Vorstellungen und sei daher willkürlich. So werde eine Putzfrau regelmäßig als unselbständig beurteilt, ein Gärtner dagegen als selbständig. Unklar sei es bei IT-ern wie im Streitfall. Richtigerweise bedürfe es zur rechtssicheren statusrechtlichen Beurteilung von Selbständigen ohne Angestellte objektiver Kriterien, deren Vorliegen leicht nachweisbar sein müssten. Alles andere sei unvorhersehbar und willkürlich. Die strikt auftragsbezogene Betrachtung des SG sei unzureichend und führe in die Irre. Der Klägervertreter kenne nur Selbstständige mit mehreren Auftraggebern, nicht dagegen Arbeitnehmer mit mehr als einem Nebenjob. Schon dies schließe im Streitfall eine abhängige Beschäftigung des Klägers zu 2 bei der Klägerin zu 1 aus. Zuletzt haben die Kläger den mit dem Endkunden geschlossenen Vertrag vorgelegt (Blatt 49/52 der Senatsakte).

Wegen der weiteren Einzelheiten des Sachverhalts sowie des Vorbringens der Beteiligten wird auf die Senatsakte sowie die beigezogenen Akten des SG und der Beklagten Bezug genommen

Entscheidungsgründe:

Die gemäß [§ 151 SGG](#) form- und fristgerecht eingelegten Berufungen der Klägerin zu 1 und des Klägers zu 2 sind gemäß [§§ 143, 144 SGG](#) zulässig, in der Sache aber nicht begründet.

Die Bescheide vom 01.12.2016 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 17.05.2017 sind in der Sache nicht rechtswidrig und verletzen auch die Klägerin zu 1 und den Kläger zu 2 nicht in ihren Rechten. Denn der Kläger zu 2 war in seiner Tätigkeit als EDV-Berater bei einem Endkunden der Klägerin zu 1 in der Zeit vom 14.03.2016 bis zum 31.10.2017 abhängig bei der Klägerin beschäftigt und unterlag der Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Gegenstand des Rechtsstreits ist die Statusfeststellung der Beklagten in den Bescheiden 01.12.2016 in der Gestalt der Widerspruchsbescheide vom 17.05.2017. Die Beklagte war zur Entscheidung über den Antrag des Klägers zu 2 berufen. Denn nach [§ 7a Abs. 1 Satz 1 SGB IV](#) können die Beteiligten - in der Regel der Dienstgeber und der Dienstnehmer - 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. Für eine solche Statusfeststellung ist nach [§ 7a Abs. 1 Satz 3 SGB IV](#) die Beklagte zuständig, nicht die nach [§ 28h Abs 2 Satz 1 SGB IV](#) zur Entscheidung berufene Einzugsstelle. Einen solchen Antrag auf Statusfeststellung hatte der Kläger zu 2 am 16.06.2016 bei der Beklagten gestellt. Ein vorheriges Verfahren zur Feststellung einer Beschäftigung durch einen anderen Versicherungsträger oder die Einzugsstelle ist nicht ersichtlich.

Im Rahmen einer Statusfeststellung nach [§ 7a Abs 1 Satz 1 SGB IV](#) darf sich die Beklagte nicht darauf beschränken, eine abhängige Beschäftigung oder zusätzlich eine daraus folgende Versicherungspflicht "dem Grunde nach" festzustellen. Dies käme einer unzulässigen Elementenfeststellung gleich. Die Beklagte muss vielmehr, um einen Lebenssachverhalt zum Rechtsbegriff der abhängigen Beschäftigung zuzuordnen, das konkrete Rechtsverhältnis bezeichnen, an das sozialrechtlich angeknüpft werden soll, auch Aussagen darüber treffen, in welchen Zweigen der Sozialversicherung die festgestellte Beschäftigung im jeweiligen Feststellungszeitraum zur Sozialversicherung geführt hat. Dies hat das BSG in seinen Urteilen vom 11.03.2009 ([B 12 R 11/07 R - SozR 4-2400 § 7a Nr. 2 = juris](#)) und vom 04.06.2009 ([B 12 R 6/08 R - juris](#)) ergänzend zu seiner früheren Rechtsprechung entschieden. Das hat die Beklagte vorliegend getan, als sie die Tätigkeit des Klägers zu 2 für die Klägerin zu 2 als EDV-Betreuer bei deren Endkunden als abhängig beschäftigt bewertet hat und Versicherungspflicht für diesen Sachverhalt in der Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung festgestellt hat.

Personen, die gegen Arbeitsentgelt beschäftigt sind, unterliegen in der Renten- und Arbeitslosenversicherung der Versicherungs- bzw. Beitragspflicht ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§ 25 Abs. 1 SGB III](#)). Beurteilungsmaßstab für das Vorliegen einer abhängigen Beschäftigung ist [§ 7 Abs 1 Satz 1 SGB IV](#). Danach ist Beschäftigung die nichtselbständige Arbeit, insbesondere in einem Arbeitsverhältnis.

Nach der ständigen Rechtsprechung des (BSG 24.01.2007, [B 12 KR 31/06 R - SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 7 = juris](#); BSG 04.07.2007 - [B 11 a AL 5/06 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 8 = juris](#)) 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 = juris](#)). Maßgebend ist dabei stets das Gesamtbild der Arbeitsleistung (BSG 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R - SozR 4 - 2400 § 7 Nr. 7 = juris](#)).

Das Gesamtbild bestimmt sich dabei 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](#); BSG [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 m.w.N.). Maßgeblich ist die Rechtsbeziehung so wie sie praktiziert wird und die praktizierte Beziehung so wie sie rechtlich zulässig ist (BSG 24.01.2007 - [B 12 KR 31/06 R - SozR 4-2400 § 7 Nr. 7](#)).

Auf dieser Grundlage ist auch zu beurteilen, ob der Kläger zu 2 in seiner Tätigkeit als EDV-Berater bei dem Endkunden der Klägerin zu 1 zu dieser in einem Beschäftigungsverhältnis stand. Eine solche abhängige Beschäftigung ist grds. neben einer selbständig ausgeübten Tätigkeit möglich; die Ausübung einer selbständigen Tätigkeit schließt im Umkehrschluss gerade eine abhängige Beschäftigung daneben auch im selben Berufsfeld nicht aus. Daher geht der Hinweis der Kläger, ihr Bevollmächtigter kenne nur abhängig Beschäftigte mit maximal einem Nebenjob bzw. die Anzahl der Nebenjobs sei auf 1 bis höchstens 3 begrenzt, fehl. Zutreffend haben die Kläger aber darauf hingewiesen, dass sich durch den Wandel der Unternehmensformen und der Arbeitswelt Verschiebungen zwischen abhängiger Beschäftigung und selbständiger Tätigkeit ergeben haben. Diesen Fortentwicklungen steht das Recht der Sozialversicherung bzw. das Status- und Beitragsrecht grds. offen gegenüber. Gerade durch die vom BSG in ständiger Rechtsprechung angewandten Gesamtbetrachtung aller für und gegen eine abhängige Beschäftigung bzw. selbständige Tätigkeit sprechenden Indizien und Umstände ist es auf breiter Front möglich, solchen Veränderungen Rechnung zu tragen und für die Beteiligten zu vorhersehbaren Ergebnissen zu gelangen. Jedoch - was vorliegend der Fall sein dürfte - führt die in sozialversicherungsrechtlicher bzw. statusrechtlicher Sicht unbedachte Gestaltung von Vertrags- und Zusammenarbeitsverhältnissen zu Schwierigkeiten, für die die jeweils am Vertragsverhältnis Beteiligten einzustehen haben.

Gemessen an diesen Maßstäben war der Kläger zu 2 für seine Tätigkeit beim Endkunden der Klägerin zu 1 in der Zeit ab 14.03.2016 bis zum 31.10.2017 bei der Klägerin zu 1 abhängig beschäftigt.

Für die Annahme einer selbstständigen Tätigkeit spricht zunächst der Umstand, dass der Kläger zu 2 seine Tätigkeit in seinem eigenen Büro ausgeübt und eigene Betriebsmittel (Laptop) zur Ausübung der Tätigkeit eingesetzt hatte. Ebenfalls für eine selbstständige Tätigkeit spricht auch der Umstand, dass zwischen dem Kläger zu 2 und dem Endkunden der Klägerin zu 1 gerade keine direkte vertragliche Beziehung bestanden hatte. Das hat dazu geführt, dass der Kläger zu 2 nicht im Sinne einer Beschäftigung beim Endkunden weisungsgebunden und in dessen Betrieb eingegliedert war. Der Kläger zu 2 hatte dort auch nicht mit Mitarbeitern des Endkunden gearbeitet, sondern deren Probleme gelöst bzw. deren Fragen beantwortet. Jedoch ist vorliegend zu beachten, dass es nicht um eine Beurteilung der Tätigkeit beim Endkunden im Verhältnis zu diesem geht, sondern um die statusrechtliche Beurteilung seines Verhältnisses zur Klägerin zu 1. Gerade in diesem Verhältnis zur Klägerin zu 1 war der Kläger zu 2 in der Ausgestaltung seiner Arbeitszeit frei und berechtigt, den Auftrag durch andere ausführen zu lassen, sodass ihn keine persönliche Erfüllungspflicht traf.

Gegen eine selbstständige Tätigkeit spricht für den Senat jedoch, dass die Klägerin zu 1 den Kläger zu 2 gerade zur Erfüllung der ihr im Verhältnis zum Endkunden obliegenden Verpflichtungen eingesetzt hat (LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) -juris RdNr. 61). Die der Klägerin zu 1 gegenüber dem Endkunden obliegenden Verpflichtungen aus dem mit diesem geschlossenen Dienstleistungsvertrag umfassten auch die Wartung und den Service der EDV und Software beim Endkunden. Nachdem - rechtlich - zwischen dem Endkunden und dem Kläger zu 2 keinerlei Beziehung bestand, konnte die Klägerin ihre Verpflichtungen gegenüber dem Endkunden nur durch Beauftragung des Klägers erfüllen, zumal der Endkunde auch weiterhin vom Kläger zu 2 betreut werden wollte. Dazu war aber gerade ein weisungsgebundenes Tätigwerden des Klägers zu 2 erforderlich. Denn - anders als die Kläger die Beziehungen untereinander betrachten - hat der Endkunde, selbst wenn der Kläger zu 2 vor Ort war und dessen EDV-Probleme löste, gerade keine eigenen Vereinbarungen mit dem Kläger zu 2 um so seine Wünsche und Aufträge zur Durchführung der Arbeiten an den Kläger zu 2 stellen können. Vielmehr konnte dieser in der Vertragsbeziehung mit der Klägerin zu 1 nur über diese bestimmen, was zu tun und zu erledigen war. Insoweit mag der Kläger zu 2 zwar vor Ort gewesen sein, hat dabei aber gerade die Klägerin zu 1 repräsentiert und rechtlich vertreten, sodass nicht - wie von den Klägern angenommen - der Endkunde die zu erledigenden Aufträge direkt mit dem Kläger zu 2 vereinbaren konnte und vereinbart hat. Vielmehr haben die Kläger und der Endkunde das Dreiecksverhältnis lediglich "der Einfachheit halber" abgekürzt, was aber rechtlich letztlich nicht dazu geführt hat, dass der Kläger zu 2 Aufträge des Endkunden zu erfüllen hatte, sondern immer noch die Aufträge, die ihm die Klägerin zu 1 erteilte. Daher war auch das Weisungsrecht - zu Recht - im Wartungsvertrag zwischen den Klägern nicht ausgeschlossen worden. Maßgeblich ist nämlich insoweit nicht, ob im Regel- bzw. Normalfall keine Weisungen ausgesprochen wurden, sondern wer im Streitfall zwischen der Klägerin zu 1 und dem Kläger zu 2 zu bestimmen hatte, wie der Auftrag gegenüber dem Endkunden ausgeführt worden war. Das war vorliegend aber die Klägerin zu 1, die sich im Streitfall mit dem Kläger durchsetzen konnte und dazu durch den Wartungsvertrag auch befugt war.

Das hat vorliegend besondere Bedeutung, als der Dienstleistungsvertrag der Klägerin zu 1 mit dem Endkunden gerade lediglich zwar näher bezeichnete aber in der Sache nur allgemeine Wartungs- und Serviceleistungen für alle anfallenden Problemfälle beinhaltete, damit gerade keinen konkreten Arbeitsauftrag oder einen konkret geschuldeten Leistungserfolg. Damit war es der Klägerin zu 1 auch nicht möglich dem Kläger zu 2 konkrete Aufgaben zu übertragen. Das aber wäre nach der Rechtsprechung Voraussetzung für die Beauftragung eines Selbständigen. Denn für die Statusabgrenzung ist sowohl nach der Rechtsprechung des BAG als auch nach der Rechtsprechung des BSG nicht entscheidend, an wie vielen verschiedenen Vorhaben der Betreffende teilgenommen hat und ob er auch für andere Auftraggeber tätig ist bzw. war (BAG 09.10.2002 - [5 AZR 405/01](#) - juris). Erforderlich ist selbst im Rahmen eines Dauerrechtsverhältnisses stets eine Bewertung der einzelnen Arbeitseinsätze (BSG 28.05.2008, [B 12 KR 13/07 R](#), juris RdNr 26). Der Kläger zu 2 hat im Rahmen des von der Klägerin zu 1 mit dem Endkunden geschlossenen Wartungs- und Dienstleistungsvertrages die von der Klägerin zu 1 versprochenen Einzeldienste bzw. erledigt, ohne dass diese nach Anzahl, Dauer und zeitlicher Lage bereits abschließend festgestanden hätten. Insoweit sieht Ziff. 2 des Wartungsvertrages zwischen den Klägern und nur in einzelnen Positionen Obergrenzen bzw. feste Termine vor. Bereits damit hat sich der Kläger zu 2 gegenüber der Klägerin zu 1 in eine entsprechende Weisungsabhängigkeit begeben, die regelmäßig seinen Arbeitnehmerstatus begründet (LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) - juris RdNr. 59). 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 (LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) - juris RdNr. 59). Denn mit der Verpflichtung zur Beratung, zum Service und zur Wartung der Endkundin hat der Kläger zu 2 der Klägerin zu 1 lediglich seine Arbeitskraft zur Erledigung der von dieser eingegangenen Verpflichtungen zur Verfügung gestellt. Dem steht nicht entgegen, dass die Klägerin zu 1 möglicherweise in fachlicher Hinsicht die Arbeit des Klägers zu 2 nicht hat beeinflussen können. Denn das Weisungsrecht des Arbeitsgebers 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](#) = juris). 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](#) = juris).

Der Kläger zu 2 war auch in die Arbeitsorganisation der Klägerin zu 1 eingegliedert. Denn er war zur Erfüllung der der Klägerin zu 1 obliegenden Verpflichtungen eingesetzt worden. Eine Eingliederung in die Arbeitsorganisation setzt weder voraus, dass die Tätigkeit in den Betriebsräumen der Arbeitgeberin verrichtet wird, noch wird vorausgesetzt, dass die Betriebsräume überhaupt Bezugspunkt der verrichteten Tätigkeit sind. Vielmehr genügt es, dass die Arbeitsorganisation der Arbeitgeberin auf der Tätigkeit des Betroffenen aufbaut und diese voraussetzt. Das ist vorliegend der Fall. Denn die Klägerin zu 1 konnte ihre gegenüber dem Endkunden bestehende Verpflichtung nur erfüllen, weil der Kläger zu 2 seine Tätigkeit - seine Arbeitszeit und Arbeitskraft - in den Dienst der Klägerin zu 1 gestellt hat. Das wird auch dadurch unterstrichen, dass der Geschäftsführer der Klägerin zu 1 selbst eigene Aufträge bei dem Endkunden erledigt hatte, neben den Tätigkeiten des Klägers zu 2 für die Klägerin zu 1. Auch wird aus Ziff. 2 des zwischen den Klägern geschlossenen Wartungsvertrages deutlich, dass der Kläger zu 2 in die Arbeitsorganisation der Klägerin zu 1 eingegliedert war. Denn anders konnte der Kläger zu 2 die zwischen der Klägerin zu 1 und dem Endkunden bestehende Rufbereitschaft im Sinne eines Telefon- und Remote-Supports gar nicht leisten. So zeigt sich eine Eingliederung in den Betrieb der Klägerin zu 1 vor allem auch an der vereinbarten Ruf- und Remote-Bereitschaft des Klägers zu 2 (vgl. dazu LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) - juris RdNr. 59).

Auch die gezahlte Vergütung spricht nicht gegen eine abhängige Beschäftigung, denn sowohl eine Stundenvergütung als auch festgelegte, unflexible Vergütungen sind sowohl bei Selbständigen als auch bei abhängig Beschäftigten üblich. Dass ggf. für nicht erbrachte Leistungen

die Monatspauschale gekürzt worden war, wie dies in der Vertragsergänzung vom 04.05.2016 vorgesehen war, ist zwar bei abhängig Beschäftigten nicht üblich, jedoch ist dort eine Anknüpfung an tatsächlich geleistete Arbeitszeit durchaus möglich.

Zutreffend weisen dabei die Kläger darauf hin, dass das Indiz des Vorliegens eines spezifischen Unternehmerrisikos bei Dienstleistungen höherer Art, bei denen im Wesentlichen Knowhow und Arbeitskraft und gerade keine wesentlichen Investitionen in Betriebsmittel einzusetzen sind, ein nur schwaches Gewicht haben kann. Vorliegend hat der Kläger zu 2 außer seinem Laptop, seinem Auto und seinem Büro keine besonderen Investitionen gerade die Tätigkeit beim Endkunden getätigt. Soweit benötigte Materialien einzusetzen waren stammten diese von der Klägerin zu 1 oder wurden von dieser erstattet, Software, vor allem Lizenzen stammten vom Endkunden bzw. VW, sodass der Kläger zu 2 diese auch nicht auf Vorrat beschaffen musste. Im Übrigen weisen die Kläger zutreffend darauf hin, dass das für eine Selbstständigkeit typische spezifische Unternehmerrisiko nicht (nur) in den Ausgaben, sondern vor allem in den ungesicherten Einnahmen bestehe. Ein solches Risiko hat der Kläger zu 2 wegen seiner Tätigkeit für die Klägerin zu 1 bei dem Endkunden aber gerade nicht getragen. Denn mittels der pauschalen Vergütung war trotz der an sich vereinbarten Stundenabrechnung unabhängig vom tatsächlichen Arbeitsanfall eine monatliche Vergütung vereinbart, die dem Kläger ein Auskommen gesichert hatte. Dass im Nachtrag zum Vertrag vom 06.05.2016 alleine für die Fälle des Ausfalls von Vor-Ort-Terminen die pauschale Vergütung um pauschal 600 EUR und bei Nichterbringung von sonstigen Leistungen wegen Krankheit oder Abwesenheit die pauschale Vergütung um den tatsächlich anfallenden Aufwand verringert werden sollte, führt nicht dazu, dass ein Vergütungsausfallrisiko bestanden hätte, das so typischerweise nur bei Selbständigen besteht. Denn auch bei Ausfall von auf Stundenbasis abgerechneten Arbeitsstunden eines Arbeitnehmers droht dem Arbeitnehmer eine Reduzierung seiner Vergütung. Auch hat der Kläger zu 2 nicht das Risiko getragen, dass der Endkunde die geleistete Arbeit nicht vergütet. Vielmehr hat der Kläger zu 2 lediglich das Risiko getragen, dass die Klägerin zu 1 ihn nicht bezahlt. Aber auch insoweit steht der Kläger einem abhängig Beschäftigten gleich, der ebenfalls das Risiko zu tragen hat, dass sein Arbeitgeber die geleisteten Arbeitseinheiten nicht bezahlt.

Im Hinblick auf die Indizien, die im vorliegenden Fall für eine abhängige Beschäftigung sprechen, ist es nur von untergeordneter Bedeutung, dass typische Merkmale einer abhängigen Beschäftigung wie z.B. 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 (LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) -juris). Die Formen, in denen sich abhängige Beschäftigung entfalten, sind in den vergangenen Jahren viel flexibler geworden (so schon LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) -juris). Die Orientierung der Sozialversicherungspflicht an einer vor Jahrzehnten noch üblichen Festanstellung wird den heute existierenden flexiblen Arbeitsverhältnissen nicht mehr gerecht (LSG Baden-Württemberg 14.02.2012 - [L 11 KR 3007/11](#) -juris).

Der Senat stellt daher im Rahmen einer Abwägung aller für eine selbständige Tätigkeit aber auch für eine abhängige Beschäftigung sprechenden Umstände des Einzelfalles im Rahmen einer Gesamtschau und Gesamtabwägung fest, dass die Indizien und Aspekte, die für eine abhängige Beschäftigung des Klägers zu 2 sprechen, vorliegend deutlich gewichtiger sind und insoweit überwiegen. Der Senat stellt daher fest, dass der Kläger zu 2 in seiner Tätigkeit für die Klägerin zu 1 im Zeitraum vom 14.03.2016 bis zum 31.10.2017 abhängig beschäftigt war.

Der Kläger zu 2 war daher in dieser Zeit in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung versicherungspflichtig ([§ 1 Satz 1 Nr. 1 SGB VI](#), [§§ 24 Abs. 1, 25 Abs. 1 Satz 1 SGB II](#)); Tatbestände, nach denen der Beigeladene zu 1 versicherungsfrei oder allgemein bzw. für seine streitige Tätigkeit bei der Klägerin zu 1 von der Versicherungspflicht befreit war, liegen nicht vor.

Wie die Beklagte zu Recht festgestellt hat, führte die abhängige Beschäftigung des Klägers zu 2 bei der Klägerin zu 1 zur Versicherungspflicht in der gesetzlichen Rentenversicherung sowie nach dem Recht der Arbeitsförderung.

Der Senat weist deswegen die Berufung der Klägerin zu 1 und des Klägers zu 2 als unbegründet zurück.

Die Kostenentscheidung beruht auf [§ 193 SGG](#), nachdem der Kläger zu 2 zum Kreis der Berechtigten nach [§ 183 SGG](#) gehört, für die das Verfahren - auch bei subjektiver Klagehäufung - gerichtskostenfrei ist (BSG 29.05.2006 - W [2 U 391/05](#) B - juris)

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

Rechtskraft

Aus

Login

BWB

Saved

2020-12-07